

المَغْنَمُ

لِمُؤَفِّقِ الدِّينِ أَبِي مُحَمَّدٍ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ قُدَّامَةَ
الْمَقْدِسِيِّ الْجَمَاعِيِّ الدَّمَشْقِيِّ الصَّالِحِيِّ الْحَنْبَلِيِّ
٥٤١-٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد القناخ محمد باحلو

الدكتور

عبد الباقى بن عبد الحميد الترمكي

الجزء الحادى عشر

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



المَغْنَى

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م

الطبعة الثانية

١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م

الطبعة الثالثة

١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م

مصححة ، منقحة



دَارُعَالَمِ الْكُتُبِ
للطباعة والنشر والتوزيع

الطبعة - غريب مؤسسة النسخة - د : ٤٧٥١٦٨٩ / ٤٧١٧٧٢
ع . ب . ٦٤٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تليفاكس : ٤٧١٣٣٩
المملكة العربية السعودية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الإيلاء

الإيلاء في اللغة : الحلف . يقال : آلى يولي إيلاءً وإلّةً . وَجَمَعَ الْإِلَّةُ أَلْيَا ، قال الشاعر^(١) :

قَلِيلُ الْأَلْيَا حَافِظٌ لِيَمِينِهِ إِذَا صَدَرَتْ مِنْهُ الْإِلَّةُ بَرَّتْ

٥٨/٨

/ وَيُقَالُ : تَأَلَّى يَتَالَى . وفي الخبر : « مَنْ يَتَالَ عَلَى اللَّهِ يُكَذِّبُهُ » . فَأَمَّا الإيلاءُ في الشرع ، فهو الحلف على ترك وطء المرأة . والأصل فيه قول الله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَتَبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾^(٢) . وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن : « يُفَسِّمُونَ »^(٣) .

١٢٩٨ - مسألة : قال : (وَالْمَوْلَى الَّذِي يَخْلِفُ بِاللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ لَا يَطْأَ زَوْجَتَهُ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ)

وجملته أن شروط الإيلاء أربعة ؛ أحدها ، أن يخلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته . ولا خلاف بين أهل العلم في أن الحلف بذلك إيلاء . فأما إن حلف على ترك الوطء بغير هذا ، مثل أن حلف بطلاق ، أو عتاق ، أو صدقة المال ، أو الحج ، أو الظهار ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يكون موليًا . وهو قول الشافعي القديم . والرواية الثانية ، هو مولى . وروى عن ابن عباس ، أنه قال : كل يمين منعت جماعها ، فهي إيلاء^(٤) .

(١) البيت لكتوة عزة . ديوانه ٣٢٥ .

(٢) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٣) انظر : تفسير القرطبي ٣ / ١٠٢ .

(٤) أخرجه البيهقي ، في : باب كل يمين منعت الجماع ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى ٧ / ٣٨١ .

وبذلك قال الشعبي، والشَّعْبِيُّ، ومالك، وأهل الحجاز، والثوري، وأبو حنيفة، وأهل العراق، والشَّافِعِيُّ، وأبو ثور، وأبو عبيد، وغيرهم؛ لأنَّها يمينٌ مَنَعَتْ جَمَاعَهَا فكَانَتْ إِيْلَاءً، كالحَلْفِ بالله تعالى، ولأنَّ تَعْلِيْقَ الطَّلَاقِ والعَتَاقِ على وَطْئِهَا حَلْفٌ، بِذَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: مَتَى حَلَفْتُ بِطَلَاقِكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ. ثُمَّ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ. طَلَّقْتُ فِي الْحَالِ. وقال أبو بكر: كُلُّ يَمِينٍ مِنْ حَرَامٍ أَوْ غَيْرِهَا، يَجِبُ بِهَا كَفَّارَةٌ، يَكُونُ الْحَالِفُ بِهَا مُؤْلِيًا. وَأَمَّا الطَّلَاقُ والعَتَاقُ، فَلَيْسَ الْحَلْفُ بِهِ إِيْلَاءً؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ آدَمِيٌّ، وَمَا أَوْجَبَ كَفَّارَةٌ تَعَلَّقَ بِهَا حَقٌّ اللَّهِ تَعَالَى. وَالرَّوَايَةُ الْأُولَى هِيَ الْمَشْهُورَةُ؛ لِأَنَّ الإِيْلَاءَ الْمُطْلَقَ إِذَا هُوَ الْقَسَمُ، وَهَذَا قَرَأَ أَبِي وَابْنُ عَبَّاسٍ: «يُقْسِمُونَ». مَكَانَ: ﴿يُؤْلُونَ﴾. وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي تَفْسِيرِ ﴿يُؤْلُونَ﴾. قَالَ: يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ. هَكَذَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ. وَالتَّعْلِيْقُ بِشَرْطٍ لَيْسَ بِقَسَمٍ، وَهَذَا لَا يُؤْتِي فِيهِ بِحَرَفِ الْقَسَمِ، وَلَا يَجَابُ بِجَوَابِهِ، وَلَا يَذْكُرُهُ أَهْلُ الْعَرَبِيَّةِ فِي بَابِ الْقَسَمِ، فَلَا يَكُونُ إِيْلَاءً، وَإِنَّمَا يُسَمَّى حَلْفًا تَجَوُّزًا، لِمُشَارَكَةِ الْقَسَمِ فِي الْمَعْنَى الْمَشْهُورَةِ فِي الْقَسَمِ، وَهُوَ الْحَثُّ عَلَى الْفِعْلِ أَوْ الْمَنْعُ مِنْهُ، أَوْ تَوْكِيدُ الْحَبْرِ، وَالْكَلَامُ عِنْدَ إِطْلَاقِهِ لِحَقِيقَتِهِ؛ وَيَذُلُّ عَلَى هَذَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ فَاغُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(١). وَإِنَّمَا يَدْخُلُ الْغُفْرَانُ فِي الْيَمِينِ بِاللَّهِ. وَأَيْضًا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ فَقَدْ أَشْرَكَ»^(٢). وَقَوْلُهُ: «إِنَّ اللَّهَ يَنْهَاكُمُ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣). وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ غَيْرَ

٥٨/٨ ط

(٢) سورة البقرة ٢٢٦.

(٣) أخرجه الترمذي، في: باب حدثنا قتيبة، حدثنا أبو خالد... من كتاب التذوق. عارضة الأحوذى ١٨ / ٧. والإمام أحمد، في: المسند ١ / ٤٧، ٢ / ٣٤، ٦٩، ٨٧، ١٢٥.

(٤) أخرجه البخاري، في: باب أيام الجاهلية، من كتاب مناقب الأنصار، وفي: باب من لم ير كفرًا من قال ذلك متولًا أو جاهلًا، من كتاب الأدب، وفي: باب لا تحلفوا بآبائكم، من كتاب الأيمان، وفي: باب السؤال بأسماء الله تعالى والاستعاذة بها، من كتاب التوحيد، صحيح البخاري ٥ / ٥٣، ٨ / ٣٣، ١٦٤، ٩ / ١٤٧. ومسلم، في: باب النبي عن الحلف بغير الله تعالى، من كتاب الأيمان. صحيح مسلم ٣ / ١٢٦٦، ١٢٦٧. كما أخرجه الترمذي، في: باب ما جاء في كراهية الحلف بغير الله، وباب حدثنا قتيبة، من كتاب التذوق. عارضة الأحوذى ٧ / ١٦-١٨. والنسائي، في: باب التشديد في الحلف بغير الله تعالى، وباب الحلف بالآباء، من كتاب الأيمان والتذوق. المجتبى ٧ / ٤، ٥. وابن ماجه، في: باب النبي أن يحلف بغير الله، =

الْقَسَمِ خَلِيفَ ، لَكِنِ الْخَلِيفَ بِإِطْلَاقِهِ إِنَّمَا يَتَصَرَّفُ إِلَى الْقَسَمِ ، وَإِنَّمَا يُصَرَّفُ إِلَى غَيْرِ الْقَسَمِ بِدَلِيلٍ ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْقَسَمَ بِغَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَصِفَاتِهِ لَا يَكُونُ إِيلَاءً ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ كَفَّارَةً وَلَا شَيْئًا يَمْنَعُ مِنْ^(٥) الْوُطْءِ ، فَلَا يَكُونُ إِيلَاءً ، كَالْخَبَرِ بِغَيْرِ قَسَمٍ^(٦) . وَإِذَا قُلْنَا بِالرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ فَلَا يَكُونُ مُوَلِيًّا^(٧) إِلَّا أَنْ يَخْلِفَ بِمَا يَلْزِمُهُ بِالْحِنْثِ فِيهِ^(٨) حَقٌّ ، كَقَوْلِهِ : إِنْ وَطِئْتُكَ فَعَيْدِي حَرٌّ . أَوْ : فَأَنْتِ طَالِقٌ . أَوْ : فَأَنْتِ عَلَى^(٩) كَظْهَرِ أُمِّي . أَوْ : فَأَنْتِ عَلَى حَرَامٍ . أَوْ : فَلِلَّهِ عَلَى صَوْمِ سَنَةٍ أَوْ الْحَجِّ أَوْ صَدَقَةٍ . فَهَذَا يَكُونُ إِيلَاءً ؛ لِأَنَّهُ يَلْزِمُهُ بِوَطْئِهَا حَقٌّ يَمْنَعُهُ مِنْ وَطْئِهَا خَوْفُهُ مِنْ وَجُوبِهِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ فَأَنْتِ زَانِيَةٌ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ بِالْوُطْءِ حَقٌّ ، وَلَا يَصِيرُ قَازِفًا بِالْوُطْءِ ؛ لِأَنَّ الْقَذْفَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالشَّرْطِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ تَصِيرَ زَانِيَةٌ بِوَطْئِهَا ، كَمَا لَا تَصِيرُ زَانِيَةٌ بِظُلُوعِ الشَّمْسِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَى صَوْمِ هَذَا الشَّهْرِ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَطِئَهَا بَعْدَ مُضِيِّهِ ، لَمْ يَلْزِمُهُ حَقٌّ ، فَإِنَّ صَوْمَ هَذَا الشَّهْرِ لَا يَتَصَوَّرُ بَعْدَ مُضِيِّهِ ، فَلَا يَلْزِمُ بِالنَّذْرِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَى صَوْمِ أُمِّي . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَى أَنْ أَصْلَى عَشْرِينَ رَكْعَةً . كَانَ مُوَلِيًّا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَكُونُ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّ الصَّلَاةَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا مَالٌ ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا مَالٌ ، فَلَا يَكُونُ الْحَالِفُ بِهَا مُوَلِيًّا ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَى أَنْ أَهْشَى فِي السُّوقِ . وَلَنَا ، أَنَّ الصَّلَاةَ تَجِبُ بِالنَّذْرِ ، فَكَانَ الْحَالِفُ بِهَا مُوَلِيًّا ، كَالصَّوْمِ وَالْحَجِّ ، وَمَا ذَكَرَهُ^(١٠) لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الصَّلَاةَ تَحْتَاجُ إِلَى الْمَاءِ وَالسَّتَرَةِ . وَأَمَّا الْمَشْيُ فِي السُّوقِ ، فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ عَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، أَنَّهُ يَكُونُ مُوَلِيًّا ؛

= من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧٧ . والإمام مالك ، في : باب جامع الأيمان ، من كتاب النذور والأيمان . المطاوعة ٢ / ٤٨٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧ / ٨ ، ١١ ، ١٧ ، ٢٠ ، ٤٨ ، ٧٦ ، ٦٢ / ٥ .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في م : القسم .

(٧) في م : مواليا .

(٨) في الأصل : فيكون .

(٩) سقط من : الأصل ، ب .

(١٠) في م : ذكره .

لأنه يلزمه بالجنث في هذا النذر أحد شيئين ؛ إما الكفارة ، وإما المشئ ، فقد صار
الجنث موجباً لحق عليه ، فعلى هذا يكون مؤلياً بنذر فعل المباحات والمعاصي أيضاً ،
فإن نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب ، وإن سلمنا ، فافترق بينهما أن
المشئ لا يجب بالنذر ، بخلاف مسألتنا . وإذا استثنى في يمينه ، لم يكن مؤلياً في قول
الجميع ؛ لأنه لا يلزمه كفارة بالجنث ، فلم يكن الجنث موجباً لحق عليه . وهذا إذا
كانت اليمين بالله تعالى ، أو كانت يميناً مكفرة ، فأما الطلاق والعتاق ، فمن جعل
الاستثناء فيهما غير مؤثر ، فوجوده كعدمه / ، ويكون مؤلياً بهما ، سواء استثنى أو لم
يستثن .

فصل : الشرط الثاني ، أن يخلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر . وهذا قول
ابن عباس ، وطاوس ، وسعيد بن جبيرة ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبي
ثور ، وأبي عبيد^(١) . وقال عطاء ، والثوري ، وأصحاب الرأي : إذا حلف على أربعة
أشهر فما زاد ، كان مؤلياً . وحكى ذلك القاضي وأبو الحسين رواية عن أحمد ؛ لأنه
مُمتنع من الوطء باليمين أربعة أشهر ، فكان مؤلياً ، كما لو حلف على ما زاد . وقال
النخعي ، وقادة ، وحماذ ، وابن أبي ليلى ، وإسحاق : من حلف على ترك الوطء في
قليل من الأوقات أو كثير ، وتركها^(٢) أربعة أشهر ، فهو مؤل ؛ لقول الله تعالى :
﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾^(٣) . وهذا مؤل ؛ فإن الإيلاء الحلف ،
وهذا خالف . ولنا ، أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر ، فلم يكن
مؤلياً ، كما لو حلف على ترك قبلتها . والآية حجة لنا ؛ لأنه جعل له ترهب أربعة أشهر ، فإذا
حلف على أربعة أشهر أو ما دونها ، فلا معنى للترهب ؛ لأن مدة الإيلاء تنقضي قبل ذلك
أو مع^(٤) انقضائه . وتقدير الترهب بأربعة أشهر يقتضي كونه في مدة تناولها

(١) في م : د : وأبي عبيدة .

(٢) في أ : تركها .

(٣) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٤) في م : د : ومع .

الإيلاء ، ولأنَّ الْمُطَالَبَةَ إِنَّمَا تَكُونُ بَعْدَ ^(١٥) أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ^(١٥) ، فَإِذَا انْقَضَتْ الْمُدَّةُ بِأَرْبَعَةٍ
فَمَا دُونَ ، لَمْ تَصِحَّ الْمُطَالَبَةُ مِنْ غَيْرِ إِيْلَاءٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَمَنْ وَافَقَهُ بَنَوْا ذَلِكَ عَلَى قَوْلِهِمْ فِي
الْفَيْئَةِ أَنَّهَا تَكُونُ فِي مُدَّةِ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ^(١٦) ، وَظَاهِرُ الْآيَةِ خِلَافُهُ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْثِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَإِنْ فَاعَوْا ﴾ ^(١٧) . فَمَعْقَبَ ^(١٨)
الْفَيْئَةِ ^(١٩) عَقِيبَ التَّرِيصِ بِفَاءِ التَّعْقِيبِ ، فَيُذَلُّ عَلَى تَأْخُرِهَا عَنْهُ . إِذَا بَيَّتَ هَذَا ، فَحَكِي
عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ الْمُؤَلَى مَنْ يَحْلِفُ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ أَبَدًا أَوْ مُطْلَقًا ^(٢٠) ، لِأَنَّهُ إِذَا حَلَفَ
عَلَى مَا دُونَ ذَلِكَ ^(٢١) ، أَمَكَّنَهُ التَّحْلُصُ بِغَيْرِ حِنْثٍ ، فَلَمْ يَكُنْ مُؤَلًى ، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا
وُطْعَهَا فِي مَدِينَةٍ بَعَيْنِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ التَّحْلُصُ بَعْدَ التَّرِيصِ مِنْ يَمِينِهِ بِغَيْرِ حِنْثٍ ،
فَأَشْبَهَ الْمُطْلَقَةَ ، بِخِلَافِ الْيَمِينِ عَلَى مَدِينَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُهُ ^(٢٢) التَّحْلُصُ بِغَيْرِ
الْحِنْثِ ^(٢٣) ، وَلِأَنَّ الْأَرْبَعَةَ الْأَشْهُرَ مُدَّةٌ تَنْتَضِرُ الْمَرْأَةَ بِتَأْخِيرِ الْوَطْءِ عَنْهَا ، فَإِذَا حَلَفَ
عَلَى أَكْثَرِ مِنْهَا كَانَ مُؤَلًى كَالْأَبَدِ . وَذَلِيلُ الرَّصِيفِ مَا رَوَى أَنَّ عَمْرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَانَ
يَطُوفُ كَلِيلَةً فِي الْمَدِينَةِ ، فَسَمِعَ امْرَأَةً تَقُولُ ^(٢٤) :

طَلَّوْا هَذَا اللَّيْلَ وَازْوَرَّ جَانِبُهُ وَلَيْسَ إِلَيَّ جَنَابِي خَلِيلُ الْأَعْبَةِ
فَوَاللَّهِ لَوْلَا اللَّهُ لَا شَيْءَ غَيْرُهُ لَرَعَزَعَ مِنْ هَذَا السَّرِيرِ جَوَانِبُهُ

٥٩/٨ ط

(١٥-١٥) في ١ : الأربعة الأشهر . وفي ب : أربعة الأشهر .

(١٦) في الأصل ، ب ، م : أشهر .

(١٧) ورد تمام الآية في ١ : ﴿ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ .

(١٨) في ١ : فمعتبت .

(١٩) في ب ، م : القى .

(٢٠) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : عزم الطلاق انقضاء الأربعة الأشهر ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى

٧ / ٣٨٠ . وإتمام الشافعي ، في : الباب الثاني في الإيلاء ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٢ / ٤٢ . وعبد

الرزاق ، في : باب الإيلاء ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٤٤٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في

الإيلاء ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٢٦ .

(٢١) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٢٢) في ب ، م : يمكن .

(٢٣) في ١ : حدث .

(٢٤) تقدمت القصة والآيات في : ١٠ / ٢٤٠ ، ٢٤١ .

مَخَافَةُ رَأْيِ وَالْحَيَاءُ يَكْفِيْنِي وَأَكْرِمُ بَعْلِي أَنْ تُنَالَ مَرَاجِبُهُ
فَسَأَلَ عَمْرُ نِسَاءً : كَمْ تُصْبِرُ الْمَرْأَةُ عَنِ الزَّوْجِ ؟ فَقُلْنَ : شَهْرَيْنِ ، وَفِي الثَّالِثِ يَقُولُ
الصَّبْرُ ، وَفِي الرَّابِعِ يَنْفَدُ الصَّبْرُ . فَكَتَبَ إِلَى أُمِّهِ الْأَجْنَادِ ، أَنْ لَا تُحْسِبُوا رَجُلًا عَنْ
أَمْرَاتِهِ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ .

فصل : وَإِذَا عُلِقَ الْإِبِلَاءُ بِشَرْطِ مُسْتَحِيلٍ ، كَقَوْلِهِ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ حَتَّى تُصْبَعِدِي
السَّمَاءَ ، أَوْ تَقْلِبِي الْحَجَرَ ذَهَبًا ، أَوْ يَتَشَيَّبَ الْغُرَابُ . فَهُوَ مُوَلٍ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ تَرَكْتُ
وَطِئُهَا ؛ فَإِنْ مَا يُرَادُ إِحَالَةُ وَجُودِهِ يُعْلَقُ عَلَى الْمُسْتَحِيلَاتِ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْكُفَّارِ : ﴿ وَلَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ ﴾ (٢٥) . وَمَعْنَاهُ لَا يَدْخُلُونَ
الْجَنَّةَ أَبَدًا . وَقَالَ بَعْضُهُمْ (٢٦) :

إِذَا شَابَ الْغُرَابُ أَتَيْتُ أَهْلِي وَصَارَ الْقَارُ كَاللَّبَنِ الْخَلِيبِ
وَأِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ حَتَّى تُحْبِلِي . فَهُوَ مُوَلٍ ؛ لِأَنَّ حَبْلَهَا بِغَيْرِ وَطْءٍ مُسْتَحِيلٌ
عَادَةً ، فَهُوَ كَصُعُودِ السَّمَاءِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ :
لَيْسَ بِمُوَلٍّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَغِيرَةً يَغْلُبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهَا لَا تَحْمِلُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ آيَسَةً ،
فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ ، فَلَا يَكُونُ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ حَمْلَهَا . قَالَ الْقَاضِي :
وَإِذَا كَانَتْ الصَّغِيرَةُ بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ (٢٧) ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ حَمْلَهَا مُمَكِّنٌ . وَلَنَا ، أَنَّ
الْحَمْلَ بِذَوْنِ الْوَطْءِ مُسْتَحِيلٌ عَادَةً ، فَكَانَ تَغْلِيْقُ الْيَمِينِ عَلَيْهِ إِبِلَاءً ، كَصُعُودِ
السَّمَاءِ . وَدَلِيلُ اسْتِحَالَتِهِ قَوْلُ مَرْيَمَ : ﴿ أَنِّي يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَلَمْ يَمَسِّنِي بَشَرٌ وَلَمْ أَكُ
بَغِيًّا ﴾ (٢٨) . وَقَوْلُهُمْ :

(٢٥) سورة الأعراف ٤٠ .

(٢٦) تقدم في ١٠ / ٤٧٥ .

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) سورة مريم ٢٠ .

بَغِيًّا ﴿٢٩﴾. ولولا استِحَالَتُهُ لَمَا نَسَبُوهَا إِلَى الْبَغْيِ بِوُجُودِ (٣٠) الْوَلَدِ ، وَأَيْضًا قَوْلُ
عَمْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الرَّجْمُ حَقٌّ عَلَى مَنْ زَنَى وَقَدْ أَحْصَنَ ، إِذَا قَامَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ ، أَوْ كَانَ
الْحَبْلُ ، أَوْ الْإِغْرَافُ (٣١) . وَلِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الْحَبْلَ لَا يُوجَدُ مِنْ غَيْرِ وَطْءٍ . فَإِنْ قَالُوا :
يُمْكِنُ حَبْلُهَا مِنْ وَطْءٍ غَيْرِهِ (٣٢) ، أَوْ بِاسْتِدْخَالِ مَنِيهِ . قُلْنَا : أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ
لَوْ صَرَّحَ بِهِ فَقَالَ : لَا وَطْئْتُكَ حَتَّى تُحْبِلَنِي مِنْ غَيْرِي . أَوْ : مَا ذُمْتُ فِي زِنَا جِي . أَوْ :
حَتَّى تُزْنِي . كَانَ مُوَلِيًا ، وَلَوْ (٣٣) صَحَّ مَا ذَكَرُوهُ لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًا . وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ مِنْ
الْمُسْتَحِيلَاتِ عَادَةً ، إِنْ وُجِدَ . كَانَ مِنْ خَوَارِقِ الْعَادَاتِ ، بِدَلِيلِ مَا / ذَكَرْنَاهُ . وَقَدْ قَالَ
أَهْلُ الطَّبِّ : إِنْ الْمَنِي إِذَا بَرَدَ لَمْ يُحْبَلْ مِنْهُ وَلَكِنْ . وَصَحَّحَ قَوْلَهُمْ قِيَامُ الْأَدِلَّةِ الَّتِي ذَكَرْنَا
بَعْضُهَا ، وَجَرِيَانُ الْعَادَةِ عَلَى وَفْقِ مَا قَالُوهُ . وَإِذَا كَانَ تَغْلِيْقُهُ عَلَى مَوْتِهِ أَوْ مَوْتِهَا أَوْ مَوْتِ
زَيْدٍ أَوْ بِلَاءٍ ، فَتَغْلِيْقُهُ عَلَى حَبْلِهَا بِغَيْرِ وَطْءٍ أَوَّلَى . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ بِقَوْلِي : حَتَّى تُحْبِلَنِي .
السَّبِيَّةَ ، وَلَمْ أُرِدِ الْعَايَةَ . وَمَعْنَاهُ لَا أَطَاكَ لِتَحْبِلَنِي . قِيلَ مِنْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ مُوَلِيًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
بِحَالِيفٍ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ ، وَإِنَّمَا هُوَ حَالِيفٌ عَلَى قَصْدِ تَرْكِ الْحَبْلِ بِهِ ، فَإِنْ حَتَّى تُسْتَعْمَلَ
بِمَعْنَى السَّبِيَّةِ .

فصل : وَإِنْ عُلِقَ عَلَى غَيْرِ مُسْتَحِيلٍ ، فَذَلِكَ عَلَى خَمْسَةِ أَضْرَبٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا

(٢٩) سورة مريم ٢٨ .

(٣٠) في ١ ، م : ٥ : لوجود .

(٣١) أخرجه البخاري ، في : باب الاعتراف بالزنى ، وباب رجم الحبل من الزنى ، من كتاب الحدود . صحيح
البخاري ٨ / ٢٠٨ ، ٢٠٩ . ومسلم ، في : باب رجم الثيب في الزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم
٣ / ١٣١٧ . وأبو داود ، في : باب في الرجم ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٢ / ٤٥٦ . والترمذي ، في :
باب ما جاء في تحقيق الرجم ، من كتاب الحدود . عارضة الأحوذى ٦ / ٢٠٤ ، ٢٠٥ . وابن ماجه ، في : باب
الرجم ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٣ / ٨٥٣ ، ٨٥٤ . والدارمي ، في : باب في حد المخصنين بالزنا ، من
كتاب الحدود . سنن الدارمي ٢ / ١٧٩ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ
٢ / ٨٢٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٤٠ ، ٥٥ .

(٣٢) في ب ، م : ٥ : الغير .

(٣٣) في ١ : ٥ : فلو .

يُعْلَمُ أَنَّهُ لَا يُوجَدُ قَبْلَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَقِيَامِ السَّاعَةِ ، فَإِنَّ لَهَا عِلَامَاتٍ تَسْبِقُهَا . فَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : حَتَّى ثَانِيِ الْهِنْدِ . أَوْ نَحْوَهُ . فَهَذَا مُوَلٌّ ؛ لِأَنَّ يَمِينَهُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ . الثَّانِي ، مَا الْغَالِبُ أَنَّهُ لَا يُوجَدُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَخُرُوجِ الدُّجَالِ ، وَالذَّائِيَةِ ، وَغَيْرِهَا مِنْ أَشْرَاطِ السَّاعَةِ ، أَوْ يَقُولُ : حَتَّى أَمُوتَ . أَوْ : تَمُوتِي . أَوْ : يَمُوتُ وَلَكَ . أَوْ : زَيْدٌ . أَوْ : حَتَّى يَتَقَدَّمَ زَيْدٌ مِنْ مَكَّةَ . وَالْعَادَةُ أَنَّهُ لَا يَتَقَدَّمُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَيَكُونُ ^(٣٤) مُوَلًّا ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّ ذَلِكَ لَا يُوجَدُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ فِي نِكَاحِي هَذَا . وَكَذَلِكَ لَوْ عَلَّقَ الطَّلَاقَ عَلَى مَرَضِهَا ، أَوْ مَرَضِ إِنْسَانٍ بَيْنَهُ . الثَّالِثُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى أَمْرٍ يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُوجَدَ ، أَحْتِمَالًا مُتَسَاوِيًا ، كَقُدُومِ زَيْدٍ مِنْ سَفَرٍ قَرِيبٍ ، أَوْ مِنْ سَفَرٍ لَا يُعْلَمُ قَدْرُهُ ، فَهَذَا لَيْسَ بِإِبْلَاءٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ حِلْفُهُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، وَلَا يُظَنُّ ذَلِكَ . الرَّابِعُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى مَا يُعْلَمُ أَنَّهُ يُوجَدُ فِي أَقَلِّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ يُظَنُّ ذَلِكَ ، كَذَبُولِ بَقْلِ ، وَجَفَافِ ثَوْبٍ ، وَمَجِيءِ الْمَطَرِ فِي أَوَانِهِ ، وَقُدُومِ الْحَاجِّ فِي زَمَانِهِ . فَهَذَا لَا يَكُونُ مُوَلًّا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلَآئِهْ لَمْ يَقْصِدِ الْإِضْرَارَ بِتَرْكِ وَطِئِهَا أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ شَهْرًا . الْخَامِسُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى فِعْلٍ مِنْهَا ، هِيَ قَادِرَةٌ عَلَيْهِ ، أَوْ فِعْلٍ مِنْ غَيْرِهَا . وَذَلِكَ يَنْقَسِمُ أَقْسَامًا ثَلَاثَةً ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى فِعْلٍ مُبَاحٍ لَا مَشَقَّةَ فِيهِ ، كَقَوْلِهِ : وَاللَّهِ لَا أَطَاكَ حَتَّى تَدْخُلِيَ الدَّارَ . أَوْ : تَلْبَسِي هَذَا الثَّوْبَ . أَوْ : حَتَّى أَتَقَفَلَ بِصَوْمٍ يَوْمَ . أَوْ : حَتَّى أَكْسُوَكَ . فَهَذَا لَيْسَ بِإِبْلَاءٍ ؛ لِأَنَّهُ مُمَكِّنُ الْوُجُودِ بِغَيْرِ ضَرَرٍ / عَلَيْهَا فِيهِ ، فَاشْتَبَهَ الَّذِي قِيلَ . وَالثَّانِي ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى فِعْلٍ مُحَرَّمٍ ، كَقَوْلِهِ : وَاللَّهِ لَا أَطَاكَ حَتَّى تَشْرَبِي الْخَمْرَ . أَوْ : تَرْبِي . أَوْ : تُسْقِطِي وَلَكَ . أَوْ : تَشْرِكِي صَلَاةَ الْفَرَضِ . أَوْ : حَتَّى أَقْتُلَ زَيْدًا . أَوْ نَحْوَهُ . فَهَذَا إِبْلَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ عُلِقَ بِمُتَمَتِّعٍ شَرْعًا ، فَاشْتَبَهَ الْمُتَمَتِّعَ حِسًّا . الثَّالِثُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى مَا عَلَى فَاعِلِهِ فِيهِ مَضَرَّةٌ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : وَاللَّهِ لَا أَطَاكَ حَتَّى تُسْقِطِي صَدَاقَكَ عَنِّي . أَوْ :

٦٠/٨ ط

(٣٤) فِي ١ ، ب : ١ فَلَهُ يَكُونُ ١ .

حتى تَكْفُلِي وَلَدِي . أو : تَهِينِي ذَارِك . أو : حتى يَبْعِنِي أَبُوكَ ذَارَهُ . أو : نحو (٣٥) ذلك . فهذا إيلاء ؛ لأنَّ أَخَذَهُ لِمَالِهَا أو مال غير هامين غير رَضِيَ صاحِبِهِ مُحَرَّمٌ ، فَجَرَى مَجْرَى شَرْبِ الْخَمْرِ . وإن قال : والله لا أَطْأُكَ حتى أُعْطِيَكَ مَالًا . أو : أَفْعَلُ فِي حَقِّكَ جَمِيلًا . لم يكن إيلاء ؛ لأنَّ فَعْلَهُ لذلك ليس بِمُحَرَّمٍ وَلَا مُنْتَهَجٍ ، فَجَرَى مَجْرَى قَوْلِهِ : حتى أَصُومَ يَوْمًا .

فصل : وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ إِلَّا بِرِضَاكَ . لم يكن مُوَلِّيًا ؛ لَأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ وَطْأَهَا بِغَيْرِ حَنْبٍ ، وَلَأَنَّهُ مُحْسِنٌ فِي كَوْنِهِ أَلَزَمَ نَفْسَهُ اجْتِنَابَ سَخَطِهَا . وعلى قياس ذلك كُلِّ حَالٍ يُمَكِّنُهُ الْوَطْءُ فِيهَا بِغَيْرِ حَنْبٍ ، كَقَوْلِهِ : والله لا وَطِئْتُكَ مُكْرَهَةً ، أو مُخْزُوَةً . ونحو ذلك ، فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ مُوَلِّيًا . وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ مَرِيضَةً . لم يكن مُوَلِّيًا لذلك ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِهَا مَرَضٌ لَا يَرَجَى بَرْؤُهُ ، أو لَا يَزُولُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مُوَلِّيًا ، لِأَنَّهُ حَالِفٌ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ لَهَا وَهِيَ صَحِيحَةٌ ، فَمَرَضَتْ مَرَضًا يُمَكِّنُ بَرْؤَهُ قَبْلَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، لم يَصِرْ مُوَلِّيًا ، وَإِنْ لم يَرَجُ بَرْؤُهُ فِيهَا ، صَارَ مُوَلِّيًا . وكذلك إِنْ كَانَ الْغَالِبُ أَنَّهُ لَا يَزُولُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، صَارَ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَا يَرَجَى زَوَالُهُ . وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ حَائِضًا . ولا نَفْسَاءً ، ولا مُخْرَمَةً ، ولا صَائِمَةً . ونحو هذا ، لم يكن مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ ذَلِكَ مُحَرَّمٌ مَمْنُوعٌ مِنْهُ شَرْعًا ، فَقَدْ أَكَّدَ مَنَعَ نَفْسِهِ مِنْهُ بِبَيْعِهِ . وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ طَاهِرًا . أو : لا وَطِئْتُكَ وَطْأًا مُبَاحًا . صَارَ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ حَالِفٌ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ الَّذِي يُطَالَبُ بِهِ فِي الْفَيْقَةِ ، فَكَانَ مُوَلِّيًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : والله لا وَطِئْتُكَ فِي قَبْلِكَ . وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ لَيْلًا . أو : والله لا وَطِئْتُكَ نَهَارًا . لم يكن مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ الْوَطْءُ يُمَكِّنُ بِدُونِ الْحَنْبِ . وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ فِي هَذِهِ الْبَلَدَةِ . أو : فِي هَذَا الْبَيْتِ . أو نحو ذلك مِنْ الْأَمَكِينَةِ الْمُعَيَّنَةِ ، لم يكن مُوَلِّيًا . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ / ، وَالتَّعْمَانِ ، وَصَاحِبِيهِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَإِسْحَاقُ : هُوَ

مُولٍ ؛ لَأَنَّهُ حَالِفٌ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ يُمَكِّنُ وَطْئَهَا بِغَيْرِ حَنْثٍ ، فَلَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ، كَمَا لَوْ اسْتَشْتَى فِي يَمِينِهِ .

فصل : وَإِنْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا عَامًّا ، ثُمَّ كَفَرَ عَنْ يَمِينِهِ ، انْحَلَّ الْإِبْلَاءُ . قَالَ الْأَنْزَمُ : قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : الْمُوَلَّى يُكْفَرُ عَنْ (٣٦) يَمِينِهِ قَبْلَ مُضِيِّ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ؟ قَالَ : يَذْهَبُ عَنْهُ الْإِبْلَاءُ ، وَلَا يُوقَفُ بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ (٣٧) ، وَذَهَبَ الْإِبْلَاءُ حِينَ ذَهَبَتِ الْيَمِينُ . وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مَمْنُوعًا مِنَ الْوَطْءِ يَمِينِهِ ، فَأَشْبَهَ مَنْ حَلَفَ وَاسْتَشْتَى . فَإِنْ كَانَ تَكْفِيرُهُ قَبْلَ مُضِيِّ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ، انْحَلَّ الْإِبْلَاءُ حِينَ التَّكْفِيرِ ، وَصَارَ كَالْحَالِفِ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ . وَإِنْ كَفَرَ (٣٧) بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ وَقَبْلَ الْوَقْفِ (٣٨) ، صَارَ كَالْحَالِفِ عَلَى أَكْثَرِ مِنْهَا ، إِذَا مَضَتْ مُدَّةُ يَمِينِهِ قَبْلَ وَقْفِهِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطْئْتُكَ إِنْ شَاءَ فَلَانَّ . لَمْ يَصِرْ مُوَلِّيًا حَتَّى يَشَاءَ ، فَإِذَا شَاءَ صَارَ مُوَلِّيًا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُتَتَبِعًا مِنَ الْوَطْءِ حَتَّى يَشَاءَ ، فَلَا يَكُونُ مُوَلِّيًا حَتَّى يَشَاءَ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطْئْتُكَ إِنْ شِئْتَ . فَكَذَلِكَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ شَاءَتْ عَلَى الْفَوْرِ جَوَابًا لِكَلَامِهِ صَارَ مُوَلِّيًا ، وَإِنْ أُخِّرَتِ الْمَشِيئَةُ ، انْحَلَّتْ يَمِينُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَخْيِيرٌ لَهَا ، فَكَانَ عَلَى الْفَوْرِ ، كَقَوْلِهِ : اخْتَارِي فِي الطَّلَاقِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَلَّقَ الْيَمِينَ عَلَى الْمَشِيئَةِ بِحَرْفِ إِنْ ، فَكَانَ عَلَى التَّرَاخِي ، كَمَشِيئَةِ غَيْرِهَا . فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا قُلْتُمْ : لَا يَكُونُ مُوَلِّيًا ؛ فَإِنَّهُ عَلَّقَ ذَلِكَ بِإِرَادَتِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : لَا وَطْئْتُكَ إِلَّا بِرِضَاكَ . قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا ، أَنَّهَا إِذَا شَاءَتْ ، انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ مَانِعَةً مِنَ وَطْئِهَا ، بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُهُ بَعْدَ ذَلِكَ الْوَطْءُ بِغَيْرِ حَنْثٍ . وَإِذَا قَالَ : وَاللَّهِ (٣٩) لَا وَطْئْتُكَ إِلَّا بِرِضَاكَ . فَمَا حَلَفَ إِلَّا عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا فِي بَعْضِ

(٣٦) سقط من : ١ .

(٣٧) في ١ : وَ كَانَ .

(٣٨) في ب ، م ، ن : الْوَقْفُ .

(٣٩) سقط من : ب .

الأحوال ، وهو حال سَخَطِهَا ، فِيمَكِنَّهُ الْوَطْءُ فِي الْحَالِ الْأُخْرَى بِغَيْرِ جَنْبٍ . وإذا طَالَبْتَهُ بِالْفَيْعَةِ ، فهو بِرِضَاها . ولو قال : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ حَتَّى تَشَائِي . فهو كَقَوْلِهِ : إِلَّا بِرِضَاكَ . وَلَا يَكُونُ مُؤَلِّيًا بِذَلِكَ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَبُوكَ . أَوْ : فَلَانٌ . لَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِفِعْلِ مَنْهُ يُمَكِّنُ وَجُودَهُ فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ^(٤٠) إِمَّا كَانَا غَيْرَ بَعِيدٍ ، وَلَيْسَ بِمُحَرَّمٍ ، وَلَا فِيهِ مَضَرَّةٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ إِلَّا أَنْ تَدْخُلِي الدَّارَ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ إِلَّا أَنْ / تَشَائِي . لَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًا ، وَكَانَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ : إِلَّا بِرِضَاكَ . أَوْ : حَتَّى تَشَائِي . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ شَاءَتْ فِي الْمَجْلِسِ ، لَمْ يَصِرْ^(٤١) مُؤَلِّيًا ،^(٤٢) وَالْأَصَارُ مُؤَلِّيًا^(٤٣) . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ شَاءَتْ عَلَى الْقَوْرِ عَقِيبَ كَلَامِهِ ، لَمْ يَصِرْ مُؤَلِّيًا ، وَالْأَصَارُ مُؤَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْمَشِيعَةَ عَنْدهُمْ عَلَى الْقَوْرِ ، وَقَدْ فَاتَتْ بِتَرَاخِيهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : تَتَعَقَّدُ يَمِينُهُ ، فَإِنْ شَاءَتْ انْحَلَّتْ ، وَإِلَّا فَهِيَ مُتَعَقِّدَةٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَنَعَ نَفْسَهُ بِيَمِينِهِ مِنْ وَطِئِهَا إِلَّا عِنْدَ إِرَادَتِهَا ،^(٤٤) فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : إِلَّا بِرِضَاكَ . أَوْ : حَتَّى تَشَائِي . وَلِأَنَّهُ عَلَّقَهُ عَلَى وَجُودِ الْمَشِيعَةِ^(٤٥) ، أَشْبَهَ مَا لَوْ عَلَّقَهُ عَلَى مَشِيعَةٍ غَيْرِهَا . فَأَمَّا قَوْلُ الْقَاضِي : فَإِنْ أَرَادَ وَجُودَ الْمَشِيعَةِ عَلَى الْقَوْرِ . فهو كَقَوْلِهِمْ . وَإِنْ أَرَادَ وَجُودَ الْمَشِيعَةِ عَلَى التَّرَاخِي ، تَنَحَّلَ بِهِ الْيَمِينُ ، لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِيلَاءً ؛ لِأَنَّ تَغْلِيْقَ الْيَمِينِ عَلَى فِعْلِ يُمَكِّنُ وَجُودَهُ فِي مُدَّةِ^(٤٦) الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ^(٤٧) ، إِمَّا كَانَا غَيْرَ بَعِيدٍ ، لَيْسَ بِإِيلَاءٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ . فهو إِيلَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ يَقْتَضِي التَّائِيدَ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ مُدَّةً . أَوْ : كَيْطُولُنْ تَرْكِي لِجَمَاعِكَ . وَنَوَى مُدَّةً تَزِيدُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعَةِ

(٤٠) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : دَ اشْهُر .

(٤١) فِي ١ : يَكُنْ .

(٤٢-٤٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤٣-٤٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظَرَ .

(٤٤-٤٥) فِي ١ : أَرْبَعَةَ أَشْهُر .

أشهر ، فهو إيلاء ؛ لأن اللفظ يَحْتَمِلُهُ ، فأنصرف إليه يَنْتَهِي . وإن نوى مُدَّةً قَصِيرَةً ، لم يكن إيلاءً لذلك . وإن لم يَنْتَوِ شَيْعًا ، لم يكن إيلاءً ؛ لأنه يَقَعُ على القليل والكثير ، فلا يَتَمَيَّنُ للكثير . فإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، فإذا مَضَتْ ، فوالله لا وَطِئْتُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . أو : فإذا مَضَتْ ، فوالله لا وَطِئْتُكَ شَهْرَيْنِ . أو : لا وَطِئْتُكَ شَهْرَيْنِ ، فإذا مَضَتْ ، فوالله لا وَطِئْتُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . ففيه وجهان ؛ أحدهما : ليس بِمَوْلٍ ؛ لأنه حَالِفٌ بِكُلِّ يَمِينٍ على مُدَّةٍ نَاقِصَةٍ عن مُدَّةِ الإيلاءِ ، فلم يَكُنْ مَوْلِيًا ، كَالو لم يَنْتَوِ^(٤٥) إلَّا مُدَّتْهَا ،^(٤٦) ولأنَّهُ يُمَكِّنُهُ الوطءُ بالنِّسْبَةِ إلى كُلِّ يَمِينٍ عَقِيبَ مُدَّتْهَا^(٤٧) من غيرِ حَنْثٍ فيها ، فأشَبَّهُه مَالُو أَقْصَرَ عليها . والثَّانِي ، يَصِيرُ مَوْلِيًا ؛ لأنه مَنَعَ نَفْسَهُ مِنَ الوطءِ بِيَمِينِهِ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ مُتَوَالِيَةٍ ، فكانَ مَوْلِيًا ، كَالو مَنَعَهَا بِيَمِينٍ وَاحِدَةٍ ، ولأنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الوطءُ بَعْدَ المُدَّةِ إلَّا بِحَنْثٍ فِي يَمِينِهِ ، فأشَبَّهُه مَالُو خَلَفَ على ذَلِكَ بِيَمِينٍ وَاحِدَةٍ ، ولو لم يَكُنْ هَذَا إيلاءً ، أَفْضَى إلى أَنْ يَمْتَنِعَ^(٤٨) مِنَ الوطءِ طَوْلَ دَهْرِهِ بِالْيَمِينِ ، فلا يَكُونُ مَوْلِيًا . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي كُلِّ مُدَّتَيْنِ مُتَوَالِيَتَيْنِ يَزِيدُ مَجْمُوعُهُمَا عَلَى أَرْبَعَةٍ ، كَثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ وَثَلَاثَةِ ، أو ثَلَاثَةِ وَشَهْرَيْنِ ، لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّعْلِيلَيْنِ . وَاللهُ أَعْلَمُ .

فصل : فإن قال : إن وَطِئْتُكَ ، فوالله لا وَطِئْتُكَ . لم يَكُنْ مَوْلِيًا فِي الْحَالِ ؛ لأنه لَا يَلْزَمُهُ بِالْوَطءِ حَقٌّ ، لَكِنْ إِنْ وَطِئَهَا صَارَ مَوْلِيًا ؛ لَأَنَّهَا تَبْقَى يَمِينًا تَمْنَعُ الوطءَ على الثَّابِتِ . وَهَذَا الصَّحِيحُ عَنِ الشَّافِعِيِّ . / وَحُكِيَ عَنْهُ قَوْلُ قَدِيمٍ ، أَنَّهُ يَكُونُ مَوْلِيًا^(٤٩) مِنَ الْأَوَّلِ ؛ لأنه لَا يُمَكِّنُهُ الوطءُ إلَّا بِأَنْ يَصِيرَ مَوْلِيًا^(٥٠) ، فَيُلْحَقُهُ بِالْوَطءِ ضَرَرٌ . وَكَذَلِكَ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ ، إِنْ قَالَ : وَطِئْتُكَ فَوَالله لَا دَخَلْتُ الدَّارَ . يَكُونُ^(٥١) مَوْلِيًا مِنَ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ وَطِئَهَا ائْتَلَّ الإيلاءُ ؛ لأنه لم يَبْقَ مُمْتَنِعًا مِنَ وَطِئِهَا بِيَمِينٍ وَلَا غَيْرِهَا ، وَإِنَّمَا

٦٢/٨

(٤٥) في الأصل : يَنْتَوِ .

(٤٦-٤٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤٧) في ١ ، م : يَمْنَعُ .

(٤٨) في ١ ، ب ، م : لم يَكُنْ .

يَقَى مُمْتَنِعًا بِالْيَمِينِ مِنْ دُخُولِ الدَّارِ . وَلَنَا ، أَنَّ يَمِينَهُ مُعَلَّقَةٌ بِشَرْطٍ ، فَمَا قَبْلَهُ لَيْسَ بِحَالِفٍ ، فَلَا يَكُونُ مُؤَلِّيًا ، وَلَئِنَّهُ يُمَكِّنُهُ الْوُطْءُ مِنْ غَيْرِ حَنْثٍ ، فَلَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًا ، كَمَا لَمْ يَقُلْ شَيْئًا . وَكَوْنُهُ يَصِيرُ مُؤَلِّيًا ، لَا يَلْزَمُهُ بِهِ شَيْءٌ ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ بِالْحَنْثِ . وَلَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطْئُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً . لَمْ يَصِرْ مُؤَلِّيًا فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ الْوُطْءُ مَتَى شَاءَ بِغَيْرِ حَنْثٍ ، فَلَمْ يَكُنْ مَمْنُونًا مِنَ الْوُطْءِ بِحُكْمِ يَمِينِهِ ، فَإِذَا وَطَّعَهَا وَقَدْ بَقِيَ مِنَ السَّنَةِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، صَارَ مُؤَلِّيًا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَفِي (٤٩) قَوْلُهُ الْقَدِيمِ ، يَكُونُ مُؤَلِّيًا فِي الْإِبْتِدَاءِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي التِّي قَبْلَهَا . وَقَدْ أَجَبْنَا عَنْهُ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطْئُكَ سَنَةً إِلَّا يَوْمًا . فَكَذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْيَوْمَ مُنْكَرٌ ، فَلَمْ يَخْتَصْ يَوْمًا دُونَ يَوْمٍ ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَ : صُمْتُ (٥٠) رَمَضَانَ إِلَّا يَوْمًا . لَمْ يَخْتَصْ الْيَوْمَ الْآخَرَ . وَلَوْ قَالَ : لَا أَكَلُمُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا يَوْمًا . لَمْ يَخْتَصْ يَوْمًا مِنْهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يَصِيرُ مُؤَلِّيًا فِي الْحَالِ . وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ ؛ لِأَنَّ الْيَوْمَ الْمُسْتَقْتَى يَكُونُ مِنْ آخِرِ الْمُدَّةِ ، كَالتَّاجِيلِ وَمُدَّةِ الْخِيَارِ ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ : لَا وَطْئُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً ، فَإِنَّ الْمَرَّةَ لَا تَخْتَصُّ وَقْتًا بَعَيْنِهِ . وَمَنْ نَصَرَ الْأَوَّلَ فَزَيَّ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ التَّاجِيلِ وَمُدَّةِ الْخِيَارِ ، مِنْ حَيْثُ إِنَّ التَّاجِيلَ وَمُدَّةَ الْخِيَارِ ، تَجِبُ الْمَوْلَاةُ فِيهِمَا ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَخَلَّلَهُمَا يَوْمٌ لَا أَجَلَ فِيهِ وَلَا خِيَارٍ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ جَازَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ فِي أَثْنَاءِ الْأَجَلِ ، لَزِمَ قَضَاءُ الدَّيْنِ ، فَيَسْقُطُ التَّاجِيلُ بِالْكَلْفَةِ ، وَلَوْ لَزِمَ الْعَقْدُ فِي أَثْنَاءِ مُدَّةِ الْخِيَارِ ، لَمْ يُعَدَّ إِلَى الْجَوَازِ ، فَتَعَيَّنَ جَعْلُ الْيَوْمِ الْمُسْتَقْتَى مِنْ آخِرِ الْمُدَّةِ ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ ، فَإِنَّ جَوَازَ الْوُطْءِ فِي يَوْمٍ مِنْ أَوَّلِ السَّنَةِ أَوْ أَوْسَطِهَا ، لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ حُكْمِ الْيَمِينِ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ، فَصَارَ ذَلِكَ كَقَوْلِهِ : لَا وَطْئُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطْئُكَ عَامًا . ثُمَّ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطْئُكَ عَامًا . فَهُوَ بِإِلَاءَةٍ

(٤٩) سقطت الواو من : ب ، م .

(٥٠) سقط من : الأصل .

وَاحِدٌ ، حَلَفَ عَلَيْهِ يَمِينَيْنِ ، إِلَّا أَنْ يَتَوَى عَامَا آخَرَ سِوَاهُ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ
 عَامَا . ثُمَّ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ بِنَصْفِ عَامٍ . أَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ بِنَصْفِ عَامٍ . ثُمَّ
 قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامَا . دَخَلَتْ الْمُدَّةُ الْقَصِيرَةُ فِي الطَّوِيلَةِ ؛ لِأَنَّهَا بَعْضُهَا ، وَلَمْ
 يَجْعَلْ أَحَدَهُمَا بَعْدَ الْأُخْرَى ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَقَرَّ بِدِرْهِمٍ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِنِصْفِ دِرْهِمٍ ، أَوْ أَقَرَّ
 بِنِصْفِ دِرْهِمٍ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِدِرْهِمٍ ، فَيَكُونُ إِيلَاءٌ وَاحِدًا ، لَهَا وَقْتُ وَاحِدٌ ، وَكَفَّارَةٌ
 وَاحِدَةٌ . وَإِنْ تَوَى بِأَحَدِ الْمُدَّتَيْنِ غَيْرِ الْأُخْرَى فِي هَذِهِ أَوْ فِي الَّتِي قَبْلَهَا ، أَوْ قَالَ : وَاللَّهِ
 لَا وَطِئْتُكَ عَامَا . ثُمَّ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامَا آخَرَ . أَوْ : بِنِصْفِ عَامٍ آخَرَ . أَوْ قَالَ : وَاللَّهِ
 لَا وَطِئْتُكَ عَامَا ، فَإِذَا مَضَى فَوَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامَا . فَهَذَا إِيلَاءٌ فِي زَمَانَيْنِ ، لَا يَدْخُلُ
 حُكْمُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخَرِ ، أَحَدُهُمَا مُتَجَزِّ ، وَالْآخَرُ مُتَأَخَّرٌ ، فَإِذَا مَضَى حُكْمُ أَحَدِهِمَا ،
 بَقِيَ حُكْمُ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّدَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِزَمَنٍ غَيْرِ زَمَنِ صَاحِبِهِ ، فَيَكُونُ لَهُ حُكْمٌ
 يَتَفَرَّدُ بِهِ . فَإِنْ قَالَ فِي الْمُحَرَّمِ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ هَذَا الْعَامَ . ثُمَّ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامَا
^(١) مِنْ رَجَبٍ إِلَى ثَمَامِ اثْنَيْ عَشَرَ شَهْرًا . أَوْ قَالَ فِي الْمُحَرَّمِ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامَا . ثُمَّ
 قَالَ فِي رَجَبٍ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامَا ^(٢) . فَهَذَا إِيلَاءٌ فِي مُدَّتَيْنِ ، بَعْضُ أَحَدَاهُمَا
 دَاخِلٌ فِي الْأُخْرَى . فَإِنْ فَاءَ فِي رَجَبٍ ، أَوْ فِيمَا بَعْدَهُ مِنْ بَقِيَّةِ الْعَامِ الْأَوَّلِ ، حَيْثُ فِي
 الْيَمِينَيْنِ ، وَتَجَزَّيَتْ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَيَنْقَطِعُ حُكْمُ الْإِيلَاءَيْنِ . وَإِنْ فَاءَ قَبْلَ رَجَبٍ ، أَوْ
 بَعْدَ الْعَامِ الْأَوَّلِ ، حَيْثُ فِي أَحَدِ الْيَمِينَيْنِ دُونَ الْأُخْرَى . وَإِنْ فَاءَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ،
 حَيْثُ فِي الْيَمِينَيْنِ ، وَعَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ : وَاللَّهِ لَا أَقْرُبُكُمْ . اثْبَتَى ذَلِكَ عَلَى أَصْلٍ ، وَهُوَ
 الْجَنْتُ بِفِعْلِ بَعْضِ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ أَوَّلًا ، فَإِنْ قُلْنَا : يَحْتَثُ . فَهُوَ مُوَلِّ مِنْهُنَّ كُلِّهِنَّ فِي
 الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ وَدَّعَ وَاحِدَةً بِغَيْرِ جَنْثٍ ، فَصَارَ مَا بَعَا لِنَفْسِهِ مِنْ وَطْءِ كُلِّ وَاحِدَةٍ
 مِنْهُنَّ فِي الْحَالِ ، فَإِنْ ^(٣) وَطِئَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ ، حَيْثُ ، وَاتَّحَلَّتْ يَمِينُهُ ، وَزَالَ الْإِيلَاءُ مِنْ
 الْبَوَاقِي . وَإِنْ طَلَّقَ بَعْضَهُنَّ ، أَوْ مَاتَ ، لَمْ يَتَحَلَّ الْإِيلَاءُ فِي الْبَوَاقِي . وَإِنْ قُلْنَا : لَا

(١-٥١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٥٢) في : ١ : فإذا .

يَحْتَبُ بِفِعْلِ الْبَعْضِ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا مِنْهُمْ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ وَطْءُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمْ مِنْ غَيْرِ حَنْثٍ ، فَلَمْ يَمْتَنِعْ نَفْسَهُ بِيَمِينِهِ مِنْ وَطْئِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا مِنْهَا . فَإِنْ وَطِئَ ثَلَاثًا ، صَارَ مُوَلِّيًا مِنَ الرَّابِعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ وَطْأُهَا مِنْ غَيْرِ حَنْثٍ فِي يَمِينِهِ . وَإِنْ مَاتَ بَعْضُهُمْ ، أَوْ طَلَّقَهَا ، انْحَلَّتْ يَمِينُهُ ، وَزَالَ الْإِيلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَبُ بِوَطْئِهَا ، وَإِنَّمَا يَحْتَبُ بِوَطْئِ الْأَرْبَعِ . فَإِنْ رَاجَعَ الْمُطَلَّقَةَ ، أَوْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ بَيِّنَتَيْهَا ، عَادَ حُكْمُ يَمِينِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّا إِذَا قُلْنَا : يَحْتَبُ بِفِعْلِ الْبَعْضِ . فَوَطِئَ وَاحِدَةً ، حَنْثٌ / ، وَلَمْ يَتَحَلَّ الْإِيلَاءُ فِي الْبَاقِي ؛ لِأَنَّ الْإِيلَاءَ مِنْ امْرَأَةٍ لَا يَتَحَلُّ بِوَطْءِ غَيْرِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا يَمِينٌ وَاحِدَةٌ حَيْثُ فِيهَا ، فَوَجَبَ أَنْ تَتَحَلَّ ، كَسَائِرِ الْإِيمَانِ ، وَلَئِنْ إِذَا وَطِئَ وَاحِدَةً حَيْثُ ، وَلَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ ، فَلَا يَلْزَمُهُ بِوَطْءِ الْبَاقِيَاتِ شَيْءٌ ، فَلَمْ يَتَيَّ مُتَمَتِّعًا مِنْ وَطْئِهَا بِحُكْمِ يَمِينِهِ ، فَانْحَلَّ الْإِيلَاءُ ، كَمَا لَوْ كَفَّرَهَا . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا يَكُونُ مُوَلِّيًا مِنْهُمْ حَتَّى يَطْأَ ثَلَاثًا ، فَيَصِيرَ مُوَلِّيًا مِنَ الرَّابِعَةِ . وَحَكَى الْمُزْنِيُّ ، عَنِ الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ يَكُونُ مُوَلِّيًا مِنْهُمْ كُلِّهِمْ ، يُوقَفُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمْ ، فَإِذَا أَصَابَ بَعْضُهُمْ ، خَرَجَتْ مِنْ حُكْمِ الْإِيلَاءِ ، وَيُوقَفُ لِمَنْ بَقِيَ حَتَّى يَبْقَى أَوْ يُطَلَّقَ ، وَلَا يَحْتَبُ حَتَّى يَطْأَ الْأَرْبَعِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَكُونُ مُوَلِّيًا مِنْهُمْ كُلِّهِمْ ، فَإِنْ تَرَكَهُمْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، بَرَأَ مِنْهُ جَمِيعًا بِالْإِيلَاءِ ، وَإِنْ وَطِئَ بَعْضَهُمْ^(٥٣) ، سَقَطَ الْإِيلَاءُ فِي حَقِّهَا ، وَلَا يَحْتَبُ إِلَّا بِوَطْئِهَا جَمِيعًا . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ لَا يَحْتَبُ بِوَطْئِهَا ، لَا يَكُونُ مُوَلِّيًا مِنْهَا ، كَالَّذِي لَمْ^(٥٤) يَخْلِفَ عَلَيْهَا .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُ وَاحِدَةً مِنْكُمْ . وَتَوَى وَاحِدَةً بِعَيْنِهَا ، تَعَلَّقَتْ بِمِيزَانِهَا وَحْدَهَا ، وَصَارَ مُوَلِّيًا مِنْهَا دُونَ غَيْرِهَا . وَإِنْ تَوَى وَاحِدَةً مُبْهَمَةً مِنْهُمْ^(٥٥) ، لَمْ يَصِرْ مُوَلِّيًا مِنْهُمْ فِي الْحَالِ ، فَإِذَا وَطِئَ ثَلَاثًا ، كَانَ مُوَلِّيًا مِنَ^(٥٦) الرَّابِعَةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُخْرَجَ

(٥٣) فِي ب : إِحْدَاهُنَّ ٢ .

(٥٤) سَقَطَ مِنْ : م ، ١ .

(٥٥) فِي الْأَصْلِ : فِيهِمْ ١ .

(٥٦) فِي ب : فِي ١ .

المولى منها بالقرعة ، كالطلاق إذا أوقفه في مبهمة من نسائه . وإن أطلق^(٥٧) ، صار مولىً منهن كلهن في الحال ؛ لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بالحنث ، فإن طلق واحدة منهن ، أو مائت ، كان مولىً من البواقي . وإن وطئ واحدة منهن ، حيث وانحلت يمينه . وسقط حكم الإيلاء في الباقيات ؛ لأنها يمين واحدة ، فإذا حنث فيها مرة ، لم يحنث مرة ثانية . ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها ، بخلاف ما إذا طلق واحدة أو مائت ، فإنه لم يحنث ثم ، فبقى حكم يمينه في من بقي منهن . وهذا مذهب الشافعي . وذكر القاضي ، أنه إذا أطلق ، كان الإيلاء في واحدة غير معينة . وهو اختيار بعض أصحاب الشافعي ؛ لأن لفظه تناول واحدة منكرة ، فلا يقتضي العموم . ولنا ، أن النكرة في سياق التفي نعم ، كقوله : ﴿ مَا اتَّخَذَ صَاحِبَةً ﴾^(٥٨) . وقوله : ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفْوًا أَحَدٌ ﴾^(٥٩) . وقوله : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَجْعَلِ اللَّهُ لَهُ نُورًا فَمَا لَهُ مِنْ نُورٍ ﴾^(٦٠) . ولو قال إنسان : والله لا شربت ماء من إداوة . حنث بالشرب من أى إداوة كانت ، فيجب حمل اللفظ عند الإطلاق على مقتضاه في العموم . وإن قال : شربت واحدة معينة ، أو واحدة مبهمة . قيل / منه ؛ لأن اللفظ يحتمله احتمالاً غير بعيد . وهذا مذهب الشافعي ، إلا أنه إذا أبهم المحلوف عليها ، فله أن يعينها بقوله . وأصل هذا مذکور في الطلاق .

ط ٦٣/٨

فصل : فإن قال : والله لا وطئت كل واحدة منكن . صار مولىً منهن كلهن في الحال ، ولا يقبل قوله : شريت واحدة منهن معينة ، ولا مبهمة ؛ لأن لفظه كل أزالت احتمال الخصوص ، ومتى حنث في البعض ، انحلت الإيلاء في الجميع ، كالتي قبلها .

(٥٧) في الأصل : « طلق » .

(٥٨) سورة الجن ٣ . وفي النسخ : « ولم يخذ صاحبة » .

(٥٩) سورة الإخلاص ٤ .

(٦٠) سورة النور ٤٠ .

وقال القاضي ، وبعض أصحاب الشافعي : لا تتحل في الباقيات . ولنا ، أنها يمين^(٦١) واحدة حيث فيها ، فسقط حكمها ، كما لو حلف على واحدة ، ولأن اليمين الواحدة إذا حيث فيها مرة ، لم يمكن الجئت فيها مرة أخرى ، فلم يبق مُمتنعاً من وطء الباقيات بحكم اليمين ، فلم يبق الإيلاء كسائر الأيمان التي حيث فيها ، وفي هذه المواضع التي قلنا بكونه^(٦٢) مؤلّياً منهنّ كلهنّ إذا طالبنّ كلهنّ بالفيقة ، وقف لمن كلهنّ ، وإن طالبنّ في أوقات مختلفة ففقه روايتان ؛ إحداهما ، يُوقف للجميع وقت مطالبة أولاهنّ . قال القاضي : وهو ظاهر كلام أحمد . والثانية ، يُوقف لكل واحدة منهنّ عند مطالبتها . اختاره أبو بكر . وهو مذهب الشافعي ، فإذا وقف للأولى^(٦٣) ، وقف للثانية ، فإن طلقها ، وقف للثالثة ، فإن طلقها ، وقف للرابعة . وكذلك من مات منهنّ ، لم يمنع من وقفه للأخرى ؛ لأن يمينته لم تتحل ، ولإلاؤه باق ؛ لعدم جنته فيه . وإن وطئ إحداهنّ حين وقف لها ، أو قبله ، انحلت يمينته ، وسقط حكم الإيلاء في الباقيات ، على ما قلناه . وعلى قول القاضي ، ومن وافقه : يُوقف للباقيات ، كما لو طلق التي وقف لها .

فصل : فإن قال : كلما وطئت واحدة منكنّ فضرائها طوالئ . فإن قلنا : ليس هذا بإيلاء . فلا كلام . وإن قلنا : هو إيلاء . فهو مؤلّ منهنّ جميعاً ؛ لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهنّ إلا بطلاق ضرائرها ، فيوقف لهنّ ، فإن فاء إلى واحدة ، طلق ضرائرها ، فإن كان الطلاق بائناً ، انحلت الإيلاء^(٦٤) ؛ لأنه لم يبق ممنوعاً من وطئها بحكم يمينه . وإن كان رجوعياً ، فراجعهنّ ، يبقى حكم الإيلاء في حقهنّ ؛ لأنه لا يمكنه وطء واحدة

(٦١) في الأصل : يمينه .

(٦٢) في الأصل : يكون .

(٦٣) في م نهادة : وطلقها .

(٦٤) في م نهادة : في حقهنّ .

إِلَّا بِطَلَاقٍ ضَرَّائِرِهَا . وكذلك إِنْ رَاجَعَ بَعْضَهُنَّ لَذلك ، إِلَّا أَنَّ المُدَّةَ تُسْتَأْنَفُ مِنْ حِينَ الرَّجْعَةِ . ولو كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا ، فَعَادَ فَرَزَّوَجَهُنَّ ، أَوْ تَزَوَّجَ بَعْضَهُنَّ ، عَادَ حُكْمُ الإِلْيَاءِ ، وَاسْتَوْنَفَتِ المُدَّةُ مِنْ حِينَ النِّكَاحِ . وَسَوَاءُ تَزَوَّجَهُنَّ فِي العِدَّةِ ، أَوْ / بَعْدَهَا ، أَوْ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ وَلِصَابَةِ ؛ لَمَا سَتَذَكَّرُهُ فِيمَا بَعْدَ . وَإِنْ قَالَ : تَوَيْتُ وَاحِدَةً بَعَيْنِيهَا . قَبْلَ مِنْهُ ، وَتَعَلَّقْتُ نَيْمِي بِهَا ، فَإِذَا وَطَّئْتُهَا طَلَّقْتُ ضَرَّائِرَهَا ، وَإِنْ وَطَّئْتُ غَيْرَهَا ، لَمْ يَطْلُقْ مِنْهُنَّ شَيْءٌ ، وَيَكُونُ مُوَلِيًّا مِنْ^(٦٥) الْمُعَيَّنَةِ دُونَ غَيْرِهَا ؛ لِأَنَّهَا الَّتِي يَلْزَمُهُ يُوَطِّئُهَا الطَّلَاقُ دُونَ غَيْرِهَا .

فصل : الشرط الثالث ، أَنْ يَحْلِفَ عَلَى تَرْكِ الوَطْءِ فِي الفَرَجِ . ولو قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطَّئْتُكَ فِي الدُّبُرِ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتْرِكِ الوَطْءَ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ ، وَلَا تَتَصَرَّرُ الْمَرْأَةُ بِتَرْكِهِ ، وَإِنَّمَا هُوَ وَطْءٌ مُحَرَّمٌ ، وَقَدْ أَكَّدَ مَنَعَ نَفْسِهِ مِنْه بَيِّنِينَ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ^(٦٦) لَا وَطَّئْتُكَ دُونَ الفَرَجِ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْلِفْ عَلَى الوَطْءِ الَّذِي يُطَالَبُ بِهِ فِي الْفَيْقَةِ ، وَلَا ضَرَرَ عَلَى الْمَرْأَةِ فِي تَرْكِهِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا جَامِعْتُكَ إِلَّا جِمَاعَ سُوءٍ . سُئِلَ عَمَّا أَرَادَ ، فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ الْجِمَاعَ فِي الدُّبُرِ . فَهُوَ مُوَلِيٌّ ؛ لِأَنَّهُ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ الوَطْءِ فِي الفَرَجِ . وَكَذلكَ إِنْ قَالَ : أَرَدْتُ أَنْ لَا أَطَّأَهَا إِلَّا دُونَ الفَرَجِ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ جِمَاعًا ضَعِيفًا ، لَا يَزِيدُ عَلَى التِّقَاءِ الْخِتَانَيْنِ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ الوَطْءَ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ فِي الْفَيْقَةِ بِغَيْرِ حَنْثٍ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ وَطْئًا لَا يَبْلُغُ التِّقَاءَ الْخِتَانَيْنِ . فَهُوَ مُوَلِيٌّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الوَطْءَ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ فِي الْفَيْقَةِ بِغَيْرِ حَنْثٍ . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ ، فَلَيْسَ بِمُوَلٍّ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ ، فَلَا يَتَّعَيْنُ مَا يَكُونُ بِهِ مُوَلِيًّا . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا جَامِعْتُكَ جِمَاعَ سُوءٍ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْلِفْ عَلَى تَرْكِ الوَطْءِ ، إِنَّمَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِ صِفَتِهِ الْمَكْرُوهَةِ .

فصل : الشرط الرابع ، أَنْ يَكُونَ الْمُحْلُوفُ عَلَيْهَا امْرَأَةً ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى :

(٦٥) ن : ب (١) في ١ .

(٦٦) لم يرد في م .

﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نَسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾^(٦٧) . ولأنَّ غيرَ الزَّوْجَةِ لا حَقَّ لها في وطئه ، فلا يكونُ مَوْلِيًا منها ، كالْأَجْنَبِيَّةِ . فإنْ حَلَفَ على تَرْكِ وَطْءِ أَمَتِهِ ، لم يكنْ مَوْلِيًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وإنْ حَلَفَ على تَرْكِ وَطْءِ أَجْنَبِيَّةٍ ، ثم نَكَحَهَا ، لم يكنْ مَوْلِيًا ؛ لذلك . وبه قال الشَّافِعِيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثورٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال مالِكٌ : يَصِيرُ مَوْلِيًا إِذَا بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ يَمِينِهِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّهُ مُمْتَنِعٌ مِنْ وَطْءِ أَمْرَأَتِهِ بِحُكْمِ يَمِينِهِ مُدَّةَ الْإِبْلَاءِ ، فَكَانَ مَوْلِيًا ، كَالْوَحْلَفِ فِي الزَّوْجِيَّةِ . وَحُكِيَ عَنْ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، أَنَّهُ إِنْ مَرَّتْ بِهِ أَمْرَأَةٌ ، فَحَلَفَ أَنْ لَا يَقْرَبَهَا ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، لم يكنْ مَوْلِيًا . وإنْ قال : إِنْ تَزَوَّجْتُ فَلَأَنَّهُ ، فَوَاللَّهِ لَا قَرَّتْهَا . صَارَ مَوْلِيًا ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَ الْيَمِينَ إِلَى حَالِ / الزَّوْجِيَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ حَلَفَ بَعْدَ تَزَوُّجِهَا^(٦٨) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نَسَائِهِمْ﴾ . وهذه ليست مِنْ نِسَائِهِ ، وَلَئِنْ الْإِبْلَاءُ حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِ النِّكَاحِ ، فلم يَتَقَدَّمْهُ كَالطَّلَاقِ وَالْقَسَمِ ، وَلَئِنْ الْمُدَّةُ تُضْرَبُ لَهُ لِقَصْدِهِ الْإِضْرَارَ بِهَا بِيَمِينِهِ ، وَإِذَا كَانَتْ الْيَمِينُ قَبْلَ النِّكَاحِ ، لم يكنْ قَاصِدًا لِلْإِضْرَارِ ، فَأَشْبَهَ الْمُمْتَنِعَ بِغَيْرِ يَمِينٍ . قال الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ : وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ : يَصِحُّ الظُّهَارُ قَبْلَ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ . فعلى هذا التَّعْلِيلِ يَصِحُّ الْإِبْلَاءُ قَبْلَ النِّكَاحِ . وَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : فَإِنْ آلَى مِنَ الرَّجْعِيَّةِ ، صَحَّ إِبْلَاؤُهُ . وهذا قَوْلُ مالِكٍ ؛ وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَذَكَرَ ابْنُ حَامِدٍ ، أَنَّ فِيهِ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِبْلَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَقْطَعُ مُدَّةَ الْإِبْلَاءِ إِذَا طَرَأَ ، فَلَا يَنْتَمِعُ صِحَّتُهُ انْتِدَاءً أَوَّلَى . وَلَنَا ، أَنَّهَا زَوْجَةٌ^(٦٩) يَلْحَقُهَا طَلَاقُهُ ، فَصَحَّ إِبْلَاؤُهُ مِنْهَا ، كَغَيْرِ الْمُطَلَّاقَةِ . وَإِذَا آلَى مِنْهَا اخْتَسَبَ الْمُدَّةُ^(٧٠)

(٦٧) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٦٨) ق م : « تزويجها » .

(٦٩) ق ب : « زوجته » .

(٧٠) ق ب ، م : « بالمدّة » .

مِنْ جِئْنَ آلِي^(٧١)، وَإِنْ كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ. ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ. وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ الْجَزْقِيِّ أَنْ لَا يُحْتَسَبَ عَلَيْهِ بِالْمُدَّةِ إِلَّا مِنْ جِئْنَ رَاجِعَهَا، لِأَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِهِ أَنَّ الرُّجُوعِيَّةَ مُحَرَّمَةٌ. وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ مِنْهُ، فَأَشْبَهَتْ الْبَائِنَ، وَلِأَنَّ الطَّلَاقَ إِذَا طَرَأَ قَطَعَ الْمُدَّةَ، ثُمَّ لَا يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ مِنَ الْمُدَّةِ قَبْلَ رَجْعَتِهَا، فَأَوَّلَى أَنْ لَا يَسْتَأْنِفَ الْمُدَّةَ فِي الْعِدَّةِ. وَوَجْهُ الْأَوَّلِ، أَنَّ مَنْ صَحَّ إِيلَاؤُهُ، اخْتَسِبَ عَلَيْهِ بِالْمُدَّةِ مِنْ جِئْنَ إِيلَائِهِ، كَمَا لَوْ لَمْ تُكُنْ مُطْلَقَةً^(٧٢)، وَلِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ، فَاخْتَسِبَ عَلَيْهِ بِالْمُدَّةِ فِيهَا، كَمَا لَوْ لَمْ يُطْلَقْهَا^(٧٣). وَفَارَقَ الْبَائِنَ، فَإِنَّهَا لَيْسَتْ زَوْجَةً، وَلَا يَصِحُّ الْإِيلَاءُ مِنْهَا^(٧٤) بِحَالٍ، فَهِيَ كَسَائِرِ الْأَخْيَافِ.

فصل: وَيَصِحُّ الْإِيلَاءُ مِنْ كُلِّ زَوْجَةٍ، مُسْلِمَةٍ كَانَتْ أَوْ ذِمِّيَّةً، حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ سَبْحَانَهُ: ﴿لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصٌ أَنْعَى اشْهُرِ﴾. وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ زَوْجَةٌ، فَصَحَّ الْإِيلَاءُ مِنْهَا كَالْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ. وَيَصِحُّ الْإِيلَاءُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ. وَهَذَا قَالِ التَّحْمِي، وَمَالِكٌ، وَالْأَوْزَاعِيُّ، وَالشَّافِعِيُّ. وَقَالَ عَطَاءٌ، وَالزُّهْرِيُّ، وَالثَّوْرِيُّ: إِذَا يَصِحُّ^(٧٥) الْإِيلَاءُ بَعْدَ الدُّخُولِ. وَلَنَا، عُمُومُ الْآيَةِ وَالْمَعْنَى، وَلِأَنَّهُ^(٧٦) مُتَمَتِّعٌ مِنْ جَمَاعِ زَوْجَتِهِ بِبَيِّنَةٍ، فَأَشْبَهَ مَا بَعْدَ الدُّخُولِ. وَيَصِحُّ الْإِيلَاءُ مِنَ الْمَجْنُونَةِ وَالصَّغِيرَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ بِالْفَيْتَةِ فِي الصَّغَرِ وَالْجُنُونِ؛ لِأَنَّهُمَا / لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْمُطَالَبَةِ. فَأَمَّا الرِّقَاءُ وَالْقِرْنَاءُ، فَلَا يَصِحُّ الْإِيلَاءُ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ مُتَعَدَّرٌ دَائِمًا، فَلَمْ تَنْعَقِدِ الْيَمِينُ عَلَى تَرْكِه، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَصْعَدُ السَّمَاءَ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ، وَتَضَرَّبَ لَهُ الْمُدَّةُ؛ لِأَنَّ النَّعْنَاعَ سَبَبٌ مِنْ جِهَتِهَا، فَهِيَ كَالْعَرِيضَةِ. فَعَلَى هَذَا يَنْتَبِهُ أَنْ يَفِيَءَ قَيْعَةَ

٦٥/٨

(٧١) ق ١ : الإلاءة .

(٧٢-٧٣) سقط من : ب .

(٧٣) ق ٢ : ومنها .

(٧٤) سقط من : ١ ، ب .

(٧٥) سقطت الواو من : ١ ، ب ، م .

الْمَعْدُورِ ؛ لِأَنَّ الْغَيْثَةَ بِالْوَطْءِ فِي حَقِّهَا مُتَعَدِّرَةٌ ، فَلَا تُمَكِّنُ الْمُطَالَبَةَ بِهِ ، فَأَشْبَهَ الْمَجْبُوبَ .

فصل : وَيَصِيحُ الْإِبْلَاءُ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ مُكَلِّفٍ قَادِرٍ عَلَى الْوَطْءِ . وَأَمَّا الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ ، فَلَا يَصِيحُ إِبْلَاءُهُمَا ؛ لِأَنَّ الْقَلَمَ مَرْفُوعٌ عَنْهُمَا ، وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ تُجِبُ بِمُخَالَفَتِهِ كُفَّارَةً أَوْ حَقٌّ ، فَلَمْ يَتَعَمَّدْ مِنْهُمَا كَالْتَّذِيرِ . وَأَمَّا الْعَاجِزُ عَنِ الْوَطْءِ ، فَإِنْ كَانَ لِعَاجِزٍ^(٧٦) مَرْجُوٌّ زَوَالُهُ كَالْمَرَضِ وَالْحَبْسِ ، صَحَّ إِبْلَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى الْوَطْءِ ، فَصَحَّ مِنْهُ الْامْتِنَاعُ مِنْهُ^(٧٧) ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَرْجُوٍّ الزَّوَالِ كَالْجَبِّ وَالشَّلَالِ ، لَمْ يَصِيحْ إِبْلَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهَا يَجِبُ عَلَى تَرْكِ مُسْتَحِيلٍ ، فَلَمْ يَتَعَمَّدْ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَقْلِبَ الْحِجَارَةَ ذَهَبًا ، وَلِأَنَّ الْإِبْلَاءَ الْيَمِينَ الْمَانِعَةَ مِنَ الْوَطْءِ ، وَهَذَا لَا يَمْتَنِعُهُ يَمِينُهُ ، فَإِنَّهُ مُتَعَدِّرٌ مِنْهُ ، وَلَا تَضُرُّ الْمَرْأَةَ يَمِينُهُ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِيحَ الْإِبْلَاءُ مِنْهُ قِيَاسًا عَلَى الْعَاجِزِ بِمَرَضٍ أَوْ حَبْسٍ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ قَوْلَانِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَأَمَّا الْحَصِيُّ الَّذِي سَلَّتْ بَيْضَتَاهُ ، أَوْ رُضَتْ ، فَيُمْكِنُ مِنْهُ الْوَطْءُ ، وَيَنْزِلُ مَاءٌ رَقِيقًا ، فَيَصِيحُ إِبْلَاؤُهُ . وَكَذَلِكَ الْمَجْبُوبُ الَّذِي بَقِيَ مِنْ ذِكْرِهِ مَا يُمْكِنُ الْجِمَاعُ بِهِ .

فصل : وَيَصِيحُ إِبْلَاءُ الذَّمَّى وَيَلْزَمُهُ مَا يَلْزَمُ الْمُسْلِمَ إِذَا تَقَاعَا زَوْجَانِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو تَوْرٍ . وَإِنْ أَسْلَمَ ، لَمْ يَنْقَطِعْ حُكْمُ إِبْلَائِهِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ أَسْلَمَ ، سَقَطَ حُكْمُ يَمِينِهِ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَعَمَدٌ : إِنْ حَلَفَ بِاللَّهِ ، لَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْنَثُ إِذَا جَامَعَ ، لِكُفْرِهِ غَيْرَ مُكَلِّفٍ ، وَإِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ بِطَّلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ ، فَهُوَ مُؤَلِّ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيحُ عَقْدَهُ وَطَّلَاقَهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ . وَلِأَنَّهُ مَانِعٌ نَفْسَهُ بِالْيَمِينِ مِنْ جِمَاعِهَا ، فَكَانَ مُؤَلِّيًا كَالْمُسْلِمِ ،

(٧٦) في ١ ، ب : و العارض .

(٧٧) سقط من : ب .

ولأنَّ^(٧٨) مَنْ صَحَّ طَلَاقُهُ ، صَحَّ إِبْلَاؤُهُ ، كَالْمُسْلِمِ ، وَمَنْ صَحَّتْ بَيْعَتُهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، صَحَّ إِبْلَاؤُهُ كَالْمُسْلِمِ .

فصل : وَلَا يُشْتَرَطُ فِي الْإِبْلَاءِ الْعُضْبُ ، وَلَا قَصْدُ الْإِضْرَارِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ، وَابْنُ الْمُثَنِّدِ . / وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَيْسَ فِي إِصْلَاحِ إِبْلَاءٍ^(٧٩) . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : إِنَّمَا الْإِبْلَاءُ فِي الْعُضْبِ^(٨٠) . وَنَحْوُ ذَلِكَ عَنِ الْحَسَنِ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَقَتَادَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ : مَنْ حَلَفَ لَا يَطْأُ زَوْجَتَهُ حَتَّى تَقْطَعَ وَلَدَهُ ، لَا يَكُونُ إِبْلَاءً ، إِذَا أَرَادَ الْإِصْلَاحَ لِوَلَدِهِ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْآيَةِ ، وَلِأَنَّهُ مَانِعٌ^(٨١) نَفْسَهُ عَنْ^(٨٢) جَمَاعِهَا بِبَيْعَتِهِ ، فَكَانَ مُؤَلِّيًا ، كَحَالِ الْعُضْبِ ، يُحَقِّقُهُ^(٨٣) أَنَّ حُكْمَ الْإِبْلَاءِ يَثْبُتُ لِحَقِّ الزَّوْجَةِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَثْبُتَ سَوَاءً قَصَدَ الْإِضْرَارَ أَوْ لَمْ يَقْصِدْ ، كَاسْتِيفَاءِ ذُبُونِهَا ، وَإِثْلَافِ مَالِهَا ، وَلِأَنَّ الطَّلَاقَ وَالظَّهَارَ وَسَائِرَ الْأَيْمَانِ سَوَاءٌ فِي الْعُضْبِ وَالرَّضَى ، فَكَذَلِكَ الْإِبْلَاءُ ، وَلِأَنَّ حُكْمَ الْبَيْعَتِ فِي الْكِفَارَةِ وَغَيْرِهَا سَوَاءٌ فِي الْعُضْبِ وَالرَّضَى ، فَكَذَلِكَ فِي الْإِبْلَاءِ . وَأَمَّا إِذَا حَلَفَ أَنْ لَا يَطْأَهَا حَتَّى تَقْطَعَ وَلَدَهُ ، فَإِنْ أَرَادَ وَقْتُ الْفِطَامِ ، وَكَانَتْ مُدَّتُهُ تَرِيدُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَهُوَ مُؤَلٍّ ، وَإِنْ أَرَادَ فِعْلَ الْفِطَامِ ، لَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ مُمَكِّنٌ قَبْلَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ، وَلَيْسَ بِمُحَرَّمٍ ، وَلَا فِيهِ تَقْوِيَةٌ حَقُّهَا ، فَلَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًا ، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَطْأَهَا حَتَّى تَدْخُلَ الدَّارَ .

فصل : فِي الْآلِفَاطِ الَّتِي يَكُونُ بِهَا مُؤَلِّيًا ، وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا هُوَ صَرِيحٌ

(٧٨) فِي الْأَصْلِ ، م : ١ : وَلَئِنَّ .

(٧٩) أَخْرَجَ نَحْوَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْإِبْلَاءِ فِي الْعُضْبِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِبْلَاءِ . السَّنَنُ الْكُبْرَى ٧ / ٣٨١ ، ٣٨٢ . وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْإِبْلَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السَّنَنُ ٢ / ٢٥ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ : الْإِبْلَاءُ فِي الرِّضَى وَالْعُضْبِ ... ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفُ ٥ / ١٤١ .

(٨٠) أَخْرَجَهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْإِبْلَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السَّنَنُ ٢ / ٢٥ .

(٨١-٨٢) فِي ١ : ١ : نَفْسَهُ مِنْ .

(٨٢) فِي ب ، م : بِحَقِّهِ .

في الحكم والباطن جميعاً ، وهي ^(٨٣) ثلاثة ألفاظ ؛ قوله : والله لا أنيكك ^(٨٤) ، ولا أدخل ، ولا أغيب أو أولوج ذكرى في قرارك . ولا اقتضضتلك . للبكر خاصة ، فهذه صريحة ، ولا يدبر فيها ؛ لأنها لا تحتل غير الإيلاء . القسم الثاني ، صريح ^(٨٥) في الحكم ، ويدبر فيما بينه وبين الله تعالى ، وهي عشرة ألفاظ : لا وطئتك ، ولا بامعتك ، ولا أصبتك ، ولا باشرتك ، ولا مسستك ، ولا قرئتك ، ولا أيتك ، ولا باضعتك ، ولا باعلتك ، ولا اغسلت منك . فهذه صريحة في الحكم ؛ لأنها تستعمل في العرف في الوطء . وقد ورد القرآن ببعضها فقال الله سبحانه : ﴿ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ ﴾ ^(٨٦) . وقال تعالى : ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ﴾ ^(٨٧) . وأما الجماع والوطء ، فهما أشهر الألفاظ في الاستعمال ، فلو قال : أردت بالوطء بالقدم ، وبالجماع ^(٨٨) . وأما الجماع ^(٨٩) اجتماع الأجسام ^(٩٠) ، وبالإصابة الإصابة باليد . دين فيما بينه وبين الله تعالى ، ولم يقبل في الحكم ؛ لأنه خلاف الظاهر / والعرف . وقد اختلف قول الشافعي فيما عدا الوطء والجماع من هذه الألفاظ ، فقال في موضح : ليس بصريح في الحكم ؛ لأنه حقيقة في غير الجماع . وقال في : لا باضعتك : ليس بصريح ؛ لأنه يحتل أن يكون من النقاء البضعتين ، البضعة من البدن بالبضعة منه ؛ فإن النبي ﷺ قال : « فاطمة بضعة مني » ^(٩١) . ولنا ، أنه مستعمل في الوطء عرفاً ، وقد ورد به القرآن والسنة ، فكان

٢٦٨

(٨٣) في م : وهو .

(٨٤) في الأصل ، م : آتيك .

(٨٥) في م : تصرع .

(٨٦) سورة البقرة ٢٢٢ .

(٨٧) سورة البقرة ١٨٧ .

(٨٨) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٨٩-٩٠) في الأصل : الاجتماع بالأجسام .

(٩٠) أخرجه البخاري ، في : باب مناقب قرابة رسول الله ﷺ ومتقية فاطمة ، وباب ذكر أصحاب النبي ، وباب مناقب فاطمة عليها السلام ، من كتاب فضائل الصحابة وفي : باب ذب الرجل عن ابنته في الغيرة والإنصاف ، من -

صريحاً ، كلفظ الوطء والجماع ، وكونه حقيقة في غير الجماع يُطْلَق بلفظة الوطء والجماع ، وكذلك قوله : فارتحلك ، وسرحتك . في ألفاظ الطلاق ، فإنهم قالوا : هي صريحة في الطلاق ، مع كونها حقيقة في غيره ، وأما قوله : باضعتك . فهو مشتق من البضع ، ولا يستعمل هذا اللفظ في غير الوطء ، فهو أولى أن يكون صريحاً من سائر الألفاظ ؛ لأنها تستعمل في غيره . وبهذا قال أبو حنيفة . القسم الثالث ، مالا يكون إبلاءً إلا بالنية ، وهو ما عدا هذه الألفاظ ، مما يحتمل الجماع ، كقوله : والله لا يجمع رأسي ورأسك شيء . لا ساقف رأسي رأسك . لأسوائك . لأعيطتك . لتطولن غيبتي عنك . لا مس جلدى جلدك . لا قرنت فراشك . لا آوت معك . لا نمث عندك . فهذه إن أراد بها الجماع ، واعترف بذلك ، كان مؤلفاً ، وإلا فلا ؛ لأن هذه الألفاظ ليست ظاهرة في الجماع ، كظهور التي قبلها ، ولم يرد النص باستعمالها فيه ، إلا أن هذه الألفاظ^(٩١) منقسيمة إلى ما يقتصر فيه إلى نية الجماع والمدة معاً ، وهي قوله : لأسوائك ، ولأعيطتك ، ولتطولن غيبتي عنك . فلا يكون مؤلفاً حتى يتوى ترك الجماع في مدة تزيد على أربعة أشهر ؛ لأن غيظها يكون بترك الجماع فيما دون ذلك^(٩٢) ، وفي سائر هذه الألفاظ يكون مؤلفاً بنية الجماع فقط . وإن قال : والله ليطولن تركي لجماعك ، أو لوطئتك ، أو لإصابتك . فهذا صريح في ترك الجماع ، وتعتبر نية المدة دون نية الوطء ؛ لأنه صريح فيه . وإن قال : والله لاجامعتك إلا جماعاً ضيعاً . لم يكن مؤلفاً ، إلا أن يتوى جماعاً لا يبلغ التقاء الختائين . وإن قال : والله لا أدخلت جميع

= كتاب النكاح . صحيح البخاري ٥ / ٢٦ ، ٢٨ ، ٣٦ ، ٧ / ٤٧ . ومسلم ، في : باب فضائل فاطمة بنت النبي ﷺ ، من كتاب فضائل الصحابة . صحيح مسلم ٤ / ١٩٠٢ ، ١٩٠٣ . وأبو داود ، في : باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٧٨ . والترمذي ، في : باب فضل فاطمة بنت محمد ﷺ ، من كتاب المناقب . عارضة الأحوذى ١٣ / ٢٤٦ ، ٢٤٧ . وابن ماجه ، في : باب الغيرة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٣ ، ٦٤٤ . والإمام أحمد ، في : المستد ٤ / ٥ / ٣٢٦ . والبيهقي ، في : باب من يعتق بالملك ، من كتاب الحق . السنن الكبرى ١٠ / ٢٨٨ ، ٢٨٩ .

(٩١) سقط من : ب .

(٩٢) في ب : ٥ : الفرج .

ذَكَرِي فِي فَرْجِكَ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ الَّذِي يَخْصُلُ بِهِ الْفَيْقَةُ ، يَخْصُلُ بِدُونِ إِبْلَاجِ جَمِيعِ الذُّكْرِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا أَوْلَجْتُ حَشَفَتِي فِي / فَرْجِكَ . كَانَ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْفَيْقَةَ لَا تَخْصُلُ بِدُونِ ذَلِكَ .

فصل : وإذا^(٩٣) قَالَ لِإِحْدَى زَوْجَتَيْهِ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ . ثُمَّ قَالَ لِالْأُخْرَى : أَشْرَكْتُكَ مَعَهَا . لَمْ يَصِرْ مُوَلِّيًا مِنَ الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِيمَانَ بِاللَّهِ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِفَيْقٍ صَرِيحٍ مِنْ اسْمٍ أَوْ صِفَةٍ ، وَالتَّشْرِيكُ بَيْنَهُمَا كِتَابَةٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ بِهِ الْإِيمَانُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَكُونُ مُوَلِّيًا^(٩٤) مِنْهُمَا . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ قَالَ لِالْأُخْرَى : أَشْرَكْتُكَ مَعَهَا . وَتَوَيَّ^(٩٥) ، فَقَدْ صَارَ طَلَاقُ الثَّانِيَةِ مُعَلَّقًا عَلَى وَطِئِهَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَصِحُّ بِالْكِتَابَةِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ ذَلِكَ إِبْلَاءٌ فِي الْأُولَى . صَارَ إِبْلَاءٌ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ فِي مَعْنَاهَا ، وَإِلَّا فَلَيْسَ بِإِبْلَاءٍ فِي وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا . وَكَذَلِكَ لَوْ آلَى رَجُلٌ مِنْ زَوْجَتِهِ ، فَقَالَ آخَرُ لِامْرَأَتِهِ : أَنْتِ مِثْلُ فُلَانَةٍ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : هُوَ مُوَلٌّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الْقَسَمِ ، فَلَا يَكُونُ مُوَلِّيًا بِهِ ، كَمَا لَمْ^(٩٦) يُشَبِّهْهَا بِهَا .

فصل : وَيَصِحُّ الْإِبْلَاءُ بِكُلِّ لَعْنَةٍ مِنَ الْعَجَمِيَّةِ وَغَيْرِهَا ، مِمَّنْ يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ ، وَمِمَّنْ لَا يُحْسِنُهَا ؛ لِأَنَّ الْإِيمَانَ تَنْعَقِدُ بِغَيْرِ الْعَرَبِيَّةِ ، وَتَجِبُ بِهَا الْكَفَّارَةُ . وَالْمُوَلَّى هُوَ الْخَالِفُ بِاللَّهِ عَلَى فَرْجِ وَطْءِ زَوْجَتِهِ ، الْمُتَنَبِّعُ مِنْ ذَلِكَ بِإِيمَانِهِ . فَإِنْ آلَى بِالْعَجَمِيَّةِ مَنْ لَا يُحْسِنُهَا ، وَهُوَ لَا يَذَرِي مَعْنَاهَا ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ، وَإِنْ تَوَيَّ مُوجِبَهَا عِنْدَ أَهْلِهَا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا آلَى بِالْعَرَبِيَّةِ مَنْ لَا يُحْسِنُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْهُ قَصْدُ الْإِبْلَاءِ بِلَفْظٍ لَا يَذَرِي مَعْنَاهُ . فَإِنْ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَعْرِفَتِهِ بِذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ إِذَا كَانَ مُتَكَلِّمًا بِغَيْرِ لِسَانِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مَعْرِفَتِهِ بِهَا . فَأَمَّا إِنْ آلَى الْعَرَبِيُّ بِالْعَرَبِيَّةِ ، ثُمَّ قَالَ : جَرَى عَلَى لِسَانِي مِنْ غَيْرِ

(٩٣) فِي ب ، م ، ٥ : وَإِنْ ٤ .

(٩٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٩٥) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

قَصِدَ . أو قال ذلك الْعَجَمِيُّ فِي إِيلَائِهِ بِالْعَجَمِيَّةِ ، لَمْ يُقْبَلْ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ .

فصل : مُدَّةُ الْإِيلَاءِ فِي حَقِّ الْأَخْرَارِ وَالْعَبِيدِ وَالْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الذِّمَّةِ سِوَاهُ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ ، وَالْمُسْلِمَةِ وَالذِّمِّيَّةِ ، وَالصَّغِيرَةِ وَالْكَبِيرَةِ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُثَنِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةُ أُخْرَى ، أَنَّ مُدَّةَ إِيلَاءِ الْعَبِيدِ شَهْرَانِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَقَوْلُ عَطَاءٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُمْ عَلَى النُّصْفِ فِي الطَّلَاقِ ، وَعَدَدِ الْمَنَكُوحَاتِ ، فَكَذَلِكَ فِي مُدَّةِ الْإِيلَاءِ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ : إِيلَاؤُهُ مِنَ الْأَمَةِ شَهْرَانِ ، وَمِنَ الْحُرَّةِ أَرْبَعَةٌ . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ : إِيلَاءُ الْأَمَةِ نِصْفُ إِيلَاءِ الْحُرَّةِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَتَعَلَّقُ بِهِ الْبَيِّنَةُ عَنْدهُ ، فَاخْتَلَفَ ^(٩٦) بِالرُّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ كَالطَّلَاقِ ، وَلِأَنَّهُمَا مَدَّةٌ يَثْبُتُ ابْتِدَاؤُهَا بِقَوْلِ الزَّوْجِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَخْتَلَفَ بِرُقِّ الْمَرْأَةِ وَحُرِّيَّتِهَا ، كَمَدَّةِ الْعِدَّةِ . وَلَنَا ، عُمُومُ آيَةِ ، وَلِأَنَّهُمَا مَدَّةٌ ضَرِبَتْ لِلْوُطْءِ ، فَاسْتَوَى فِيهَا الرُّقُّ وَالْحُرِّيَّةُ ، كَمَدَّةِ الْعِنَةِ ، وَلَا تُسَلَّمُ أَنَّ الْبَيِّنَةَ تَتَعَلَّقُ بِهَا ، ثُمَّ يَبْطُلُ ذَلِكَ بِمَدَّةِ الْعِنَةِ ، وَيُخَالِفُ مَدَّةَ الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْكَمَالِ ، بِذَلِكَ أَنَّ الْاسْتِبْرَاءَ يَحْصُلُ بِقُرْءِ وَاحِدٍ ، وَأَمَّا مَدَّةُ الْإِيلَاءِ فَإِنَّ الْاسْتِمْتَاعَ بِالْحُرَّةِ أَكْثَرُ ، وَكَانَ يَتَّبَعِي أَنْ تَتَقَدَّمَ مُطَالَبَتُهَا مُطَالَبَةَ الْأَمَةِ ، وَالْحَقُّ عَلَى الْحُرِّ فِي الْاسْتِمْتَاعِ أَكْثَرُ مِنْهُ عَلَى الْعَبِيدِ ، فَلَا تُجَوِّزُ الزِّيَادَةُ فِي مُطَالَبَةِ الْعَبِيدِ عَلَيْهِ .

٦٧/٨ و

١٢٩٩ - مسألة : قَالَ : (فَإِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ، وَزَادَتْهُ ، أَمَرَ بِالْفَيْئَةِ ^(٩٧) ، وَالْفَيْئَةُ الْجِمَاعُ)

وَجَمَلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْمَوْلَى يَتْرِكُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، كَمَا أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَلَا يُطَالَبُ بِالْوُطْءِ ^(٩٨)

(٩٦) فِي ب ، م ، د : وَاخْتَلَفَ .

(٩٧) فِي ب ، م ، د : الْفَيْئَةُ .

(٩٨) سَقَطَ مِنْ م .

فبين ، فإذا مضت أربعة أشهر ، ورأفته امرأته إلى الحاكم ، وقفه ، وأمره بالفيقة ، فإن أبى أمره بالطلاق ، ولا تطلق زوجته بنفسى المدة . قال أحمد في الإيلاء : يوقف ، عن الأكابر من أصحاب النبي ﷺ ؛ عن عمر شئ يدل على ذلك ، وعن عثمان ، وعلى ، وحمل يثبت حديث على . وبه قال ابن عمر ، وعائشة . وروى ذلك عن أبي الدرداء . وقال سليمان بن يسار : كان تسعة عشر رجلاً من أصحاب محمد ﷺ يوقفون في الإيلاء^(٣) . وقال سهيل بن أبي صالح : سألت اثني عشر من أصحاب النبي ﷺ ، فكلهم يقول : ليس عليه شئ ، حتى يمضي أربعة أشهر ، فيوقف ، فإن فاء ، وألا طلق^(٤) . وهذا قال سعيد بن المسيب ، وعروة ، ومجاهد ، وطاوس ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال ابن مسعود ، وابن عباس ، وعكرمة ، وجابر بن زيد ، وعطاء ، والحسن ، ومسروق ، وقبيصة ، والنخعي ، والأوزاعي ، وابن أبي ليلى ، وأصحاب الرأي : إذا مضت أربعة أشهر ، فهي تطليقة بآئنة . وروى ذلك عن عثمان ، وعلى ، وزيد ، وابن عمر ، وروى عن أبي بكر بن عبد الرحمن ، ومكحول ، والزهري ، تطليقة رجعية . ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ : ﴿ فَإِنْ قَاعُوا ﴾ فيهن ﴿ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾^(٥) . ولأن هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه ، فكان ذلك في المدة كمدة العنة . ولنا قول الله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصٌ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ فَإِنْ قَاعُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ . وظاهر

(٣) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره . سنن الدارقطني ٤ / ٦١ ، ٦٢ . والبيهقي ، في : باب من قال : يوقف المولى ... ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى ٣٧٦/٧ . والإمام الشافعي ، في : الباب الثاني في الإيلاء ، من كتاب الطلاق . المسند ٤٢/٢ . وسعيد بن منصور ، في : باب من قال : يوقف المولى عند الأربعة الأشهر ، من كتاب الطلاق . السنن ٣٢ / ٢ . وابن أبي شبة ، في : باب في المولى يوقف ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ١٣٢ .

(٤) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره . سنن الدارقطني ٤ / ٦١ . والبيهقي ، في : باب من قال : يوقف المولى ... ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى ٣٧٧/٧ .

(٥) سورة البقرة ٢٢٦ .

ذلك أن الفَيْقَةَ بَعْدَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ؛ / لِذِكْرِهِ الْفَيْقَةَ بَعْدَهَا بِالْفَاءِ الْمُفْتَضِلَةِ لِلتَّعْقِيبِ ، ثم قال : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ ^(٦) . وَلَوْ وَقَعَ بِمَضِيِّ الْمُدَّةِ ، لَمْ يَخْتَجْ إِلَى عَزْمِ عَلَيْهِ ، وَقَوْلُهُ : ﴿ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ يَقْتَضِي أَنَّ الطَّلَاقَ مَسْمُوعٌ ، وَلَا يَكُونُ الْمَسْمُوعُ إِلَّا كَلَامًا ، وَلَئِنْهَا مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لَهُ تَأْجِيلًا ، فَلَمْ يَسْتَحِقْ الْمُطَالَبَةَ فِيهَا ، كَسَائِرِ الْأَجَالِ ، وَلَئِنْ هَذِهِ مُدَّةٌ لَمْ يَتَقَدَّمْهَا إِيْقَاعٌ ، فَلَا يَتَقَدَّمُهَا وَقُوعٌ ، كُمُدَّةِ الْعَنَةِ . وَمُدَّةُ الْعَنَةِ حُجَّةٌ لَنَا ؛ فَإِنَّ الطَّلَاقَ لَا يَقَعُ إِلَّا ^(٧) بِمَضِيِّهَا ، وَلَئِنْ مُدَّةُ الْعَنَةِ ضُرِبَتْ لَهُ لِيُخْتَبَرَ فِيهَا ، وَيُعْرَفَ عَجْزُهُ عَنِ الْوَطْءِ بِتَرْكِهِ فِي مُدَّتِهَا ، وَهَذِهِ ضُرِبَتْ تَأْخِيرًا لَهُ وَتَأْجِيلًا ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُطَالَبَةَ إِلَّا بَعْدَ مَضِيِّ الْأَجَلِ ، كَالَّذِينَ .

فصل : وابتداء المدة من حين التيمين ، ولا يفتقر إلى ضرب مدة ؛ لِأَنَّهَا تَبَيَّنَتْ بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ ، فَلَمْ تَفْتَقِرْ إِلَى ضَرْبٍ ^(٨) ، كُمُدَّةِ الْعَنَةِ . وَلَا يُطَالَبُ بِالْوَطْءِ فِيهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، فَإِنْ وَطِئَهَا ^(٩) فِيهَا فَقَدْ عَجَلَ ^(١٠) حَقَّهَا قَبْلَ مَجَلِّهِ ، وَخَرَجَ مِنَ الْإِبْلَاءِ ، كَمَنْ عَلَيْهِ ذَنْبٌ ^(١١) ذَنَعَهُ قَبْلَ الْأَجَلِ . وَهَكَذَا إِنْ وَطِئَ بَعْدَ الْمُدَّةِ ، قَبْلَ الْمُطَالَبَةِ أَوْ بَعْدَهَا ، خَرَجَ مِنَ الْإِبْلَاءِ . وَسَوَاءٌ وَطِئَهَا ، وَهِيَ عَاقِلَةٌ أَوْ مَجْنُونَةٌ ، أَوْ يَقْظَانَةٌ أَوْ نَائِمَةٌ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ وَطِئَهَا وَهُوَ مَجْنُونٌ ، لَمْ يَحْنُثْ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَحْنُثُ ، وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكَلِّفٍ ، وَالْقَلَمُ عَنْهُ مَرْفُوعٌ ، وَيَخْرُجُ بِوَطْئِهِ عَنِ الْإِبْلَاءِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَفَّاهَا حَقَّهَا ، وَحَصَلَ مِنْهُ فِي حَقِّهَا مَا يَحْصُلُ مِنَ الْعَاقِلِ ، وَإِنَّمَا تَسْقُطُ الْكَفَّارَةُ عَنْهُ لِرَفْعِ الْقَلَمِ عَنْهُ . ذَكَرَ هَذَا ابْنُ حَامِدٍ . وَهُوَ أَحَدُ التَّوَجِّهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي مَا

(٦) سورة البقرة ٢٢٧ .

(٧) في م نهادة : لا .

(٨) في إ نهادة : مدة .

(٩) في ١ : وطئ .

(١٠) في ١ ، ب ، م : عجلها .

(١١) سقط من : م .

يدل على أنه يتبقى مؤلّا ، فإنه قال : إذا وطئ بعد إفاقة ، تجب عليه الكفارة ؛ لأن وطئه الأول ما حث به ، وإذا بقيت يمينه ، بقي الإيلاء ، كما لو لم يطق . وهذا قول المزي . ويتبقى أن يستأنف له مدة الإيلاء من حين وطئ ؛ لأنه لا ينبغي أن يطالب بالفيقة مع وجودها منه ، ولا يطلق عليه ؛ لانقضاءها وهي موجودة ، ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه . وقيل : تضرب له المدة إذا عقل ؛ لأنه حينئذ يمنع من الوطء بحكم يمينه . ومن قال بالأول قال : قد وفاها حقها ، فلم يبق الإيلاء ، كما لو حث ، ولا يمنع انقضاء الإيلاء مع اليمين ، كما لو حلف لا يطقأ أجنبية ، ثم تزوجها .

فصل : وإن وطئ العاقل ناسيا ليمينه ، فهل يحث ؟ على روايتين . فإن قلنا : يحث . انحل إيلاءه ، وذهبت يمينه . وإن قلنا : لا يحث . فهل ينحل إيلاءه ؟ على وجهين ، قياسا على المجنون . وكذلك يخرج فيما إذا آلى من إحدى زوجتيه ، ثم وجدها على فراشه ، فظنّها الأخرى ، فوطئها ؛ لأنه جاهل بها ، والجاهل كالناسي في الجنث . وكذلك إن ظنّها أجنبية فبأث زوجته . وإن استدخلت ذكره وهو نائم ، لم يحث ؛ لأنه لم يفعل ما حلف عليه ، ولأن القلم مرفوع عنه . وهل يخرج من حكم الإيلاء ؟ يحتمل وجهين ؛ أحدهما ، يخرج ؛ لأن المرأة وصلت إلى حقها ، فأشبه ما لو وطئ . والثاني ، لا يخرج من حكم الإيلاء ؛ لأنه ما وفاها حقها ، وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين ، فكان مؤلّا ، كما لو لم يفعل به ذلك . والحكم فيما إذا وطئ وهو نائم كذلك ؛ لأنه لا يحث به .

فصل : وإن وطئها وطئا محرما ، مثل أن وطئها حائضا ، أو نفساء ، أو محرمة ، أو صائمة صوم فرض ، أو كان محرما ، أو صائما ، أو مظاهرا ، حيث ، وخرج من الإيلاء . وهذا مذهب الشافعي . وقال أبو بكر : قياس المذهب أن لا يخرج من الإيلاء ؛ لأنه وطئ لا يؤمر به في الفيقة ، فلم ^(١٧) يخرج به من الإيلاء ، كالوطء في

الدُّبُرِ . ولا يصحُّ هذا ؛ لأنَّ يَمِينَهُ انْخَلَتْ ، ولم يَتَّقِ مُمْتَنِعًا مِنَ الْوَطْءِ بِحُكْمِ الْيَمِينِ ، فلم يَتَّقِ الْإِبْلَاءَ ، كَالوِ كَفَّرَ عَنْ^(١٣) يَمِينِهِ ، أَوْ كَالوِ وَطَعَهَا مَرِيضَةً . وقد نصَّ أَحَدُ ، في مَنْ حَلَفَ ، ثُمَّ كَفَّرَ يَمِينَهُ ؛ أَنَّهُ لَا يَتَّقِي مُرُورًا ، لِقَدَمِ حُكْمِ الْيَمِينِ مَعَ أَنَّهُ مَا وَطَعَهَا حَقًّا ، فَلَا يُزَوَّلُ بِزَوَالِ الْيَمِينِ بِحُكْمِهِ فِيهَا أَوَّلَى . وقد ذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْمَحْرَمِ^(١٤) وَالْمُطَاهِرِ ، أَنَّهُمَا إِذَا وَطَعَا فَقَدْ وَطَعَا حَقًّا . وَفَارَقَ الْوَطْءَ فِي الدُّبُرِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَخْتُلُ بِهِ ، وَلَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْوَطْءِ ، بِخِلَافِ مَسَائِلِنَا .

فصل : وإذا آلى منها ، وَثَمَّ عُذْرٌ يَمْنَعُ الْوَطْءَ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ ، كَحَرَضِهِ ، أَوْ حَبْسِهِ ، أَوْ إِخْرَاجِهِ ، أَوْ صِيَامِهِ ، حُسِبَتْ عَلَيْهِ الْمُدَّةُ مِنْ حِينَ إِبْلَائِهِ ؛ لِأَنَّ^(١٥) الْمَانِعَ مِنْ جِهَتِهِ ، وَقَدْ وَجَدَ التَّمَكُّينَ الَّذِي عَلَيْهَا . وَلِذَلِكَ لَوْ أَمَكَّنَتْهُ مِنْ نَفْسِهَا ، وَكَانَ مُمْتَنِعًا لِعُذْرٍ ، وَجَبَتْ لَهَا التَّفَقُّةُ . وَإِنْ طَرَأَ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَعْذَارِ بَعْدَ الْإِبْلَاءِ ، أَوْ جُنْ ، لَمْ تَنْقَطِعِ الْمُدَّةُ ؛ لِلْمَعْنَى الَّتِي ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَانِعُ مِنْ جِهَتِهَا ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ خَيْضًا ، لَمْ يَمْنَعْ ضَرْبُ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَنَعَ لَمْ يُعْمَكِنْ ضَرْبُ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ الْخَيْضَ فِي الْغَالِبِ لَا يَخْلُو مِنْهُ شَهْرٌ ، فَيُؤَدَّى ذَلِكَ إِلَى اسْتِقْطَاعِ حُكْمِ الْإِبْلَاءِ ، وَإِنْ طَرَأَ الْخَيْضُ ، لَمْ يَقْطَعْ الْمُدَّةُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ^(١٦) . وَفِي التَّفَاسِي وَنَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ كَالْخَيْضِ ؛ لِأَنَّ أَحْكَامَهُ أَحْكَامُ الْخَيْضِ . وَالثَّانِي ، هُوَ كَسَائِرِ الْأَعْذَارِ الَّتِي مِنْ جِهَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ نَادِرٌ / غَيْرُ مُعْتَادٍ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ الْأَعْذَارِ . وَأَمَّا سَائِرُ الْأَعْذَارِ الَّتِي مِنْ جِهَتِهَا ؛ كَصِفَرِهَا ، وَمَرْضَاهَا ، وَحَبْسِهَا ، وَإِخْرَاجِهَا ، وَصِيَامِهَا وَاعْتِكَافِهَا الْمَفْرُوضَيْنِ ، وَنُشُوزِهَا ، وَغَيْبَتِهَا ، فَمَعْنَى وَجَدَ مِنْهَا شَيْءٌ حَالَ الْإِبْلَاءِ ، لَمْ تُضْرَبْ لَهُ الْمُدَّةُ حَتَّى يَزُولَ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ تُضْرَبُ لَا مَتْنَاهُ

ط ٦٨/٨

(١٣) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١٤) في ب : المبرد ، تحريف .

(١٥) في ا ، ب ، م : لأنه .

(١٦) في ب ، م : ذكرناه .

من وطئها ، والمنع ههنا من قبلها . وإن وُجد^(١٧) شيء من هذه الأسباب ، استؤنفت المدة ، ولم يبن على ما مضى ؛ لأن قوله سبحانه : ﴿ تَرْهَقُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾ يقتضي متوالية . فإذا قطعتها ، وجب استئنافها ، كمدة الشهرين^(١٨) في صوم الكفارة . وإن حثت^(١٩) وهرت من يده ، انقطعت المدة . وإن بقيت في يده وأمكنه وطئها ، احتسب عليه بها^(٢٠) . فإن قيل : فهذه الأسباب منها ما لا صنع لها فيه ، فلا ينبغي أن تقطع المدة ، كالخض . قلنا : إذا كان المنع لمعنى فيها ، فلا فرق بين كونه يفعلها ، أو بغير فعلها . كما أن البائع إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه ، لم يتوجه له المطالبة بعبوضه ، سواء كان لعنبر أو غير عنبر . وإن آلى في الرذة ، لم تضرب له المدة إلا من حين رجوع الموكد منها إلى الإسلام . وإن طرأت الرذة في أثناء المدة ، انقطعت ؛ لأن النكاح قد تشعث وحرم الوطء ، فإذا عاد إلى الإسلام ، استؤنفت المدة ، سواء كانت الرذة منها أو من أحدهما . وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين ، أو خالعهما ، ثم تزوجهما . والله أعلم .

فصل : وإذا انقضت المدة ، فلها المطالبة بالفيعة إن لم يكن عنذر . فإن طالبت ، فطلب الإمهال ، فإن لم يكن له عنذر ، لم يُمهَل ؛ لأنه حق توجه عليه ، لا عنذر له فيه ، فلم يُمهَل به ، كالدين الحال ، ولأن الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر ، فلا تجوز الزيادة عليها بغير عنبر ، وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من^(٢١) الجماع في حكم العادة ؛ فإنه لا يلزمه الوطء في مجلسه ، وليس ذلك بإمهال . فإن قال : أنه لو نوى حتى آكل فإني جائع ، أو حتى^(٢٢) ينتهضم الطعام فإني كظيظ^(٢٣) . أو أصلى الفرض ، أو أفطر من

(١٧) في الأصل : حدث .

(١٨) في ب : م : شهرين .

(١٩) في ا ، ب ، م : حثت .

(٢٠) في الأصل : به .

(٢١) في م : مع .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٢٣) الكظيظ : المثلث بالطعام حتى لا يطيق النفس .

صَوَّبِي . أَنَهْلَ يَقْدِرُ ذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ أَنْ يُصَيِّرَ إِلَى حَالٍ يُجَامِعُ فِي مِثْلِهَا فِي الْعَادَةِ .
وَكَذَلِكَ يُنْهَلُ حَتَّى يَرْجَعَ إِلَى بَيْتِهِ ؛ ^(٢٤) «لَأَنَّ الْعَادَةَ فَعْلُ ذَلِكَ فِي بَيْتِهِ» . وَإِنْ كَانَ لَهَا عَذْرٌ
يَمْنَعُ مِنْ وَطْئِهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِالْفَيْقَةِ ؛ لِأَنَّ الْوِطْءَ مُتَمَتِّعٌ مِنْ جِهَتَيْهَا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهَا
مُطَالَبَتُهُ بِمَا يَمْنَعُهُ مِنْهُ ، وَلِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ فَرَعٌ ^(٢٥) «الاسْتِحْقَاقِ» ، وَهِيَ لَا تَسْتَحِقُّ الْوِطْءَ فِي
هَذِهِ الْأَحْوَالِ ، وَلَيْسَ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِالطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُسْتَحَقُّ عِنْدَ امْتِنَاعِهِ مِنَ الْفَيْقَةِ /
الوَاجِبَةِ ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، وَلَكِنْ تَأَخَّرَ الْمُطَالَبَةُ إِلَى حَالِ زَوَالِ الْعَذْرِ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ
الْعَذْرُ قَاطِعًا لِلْمُدَّةِ كَالْحَيْضِ ، أَوْ كَانَ الْعَذْرُ حَدَثَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ .

١٦٩/٨

فصل : فَإِنْ عَفَتْ عَنِ الْمُطَالَبَةِ بَعْدَ وَجُوبِهَا ، فَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : يَسْقُطُ
حَقُّهَا ، وَلَيْسَ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بَعْدَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ
بِاسْتِغَاثِ حَقِّهَا مِنَ الْفَسْخِ لِعَدَمِ الْوِطْءِ ، فَسَقَطَ حَقُّهَا مِنْهُ ، كَأَمْرَةِ الْعَيْنِ إِذَا رَضِيَتْ
بِعَتِّهِ . وَبِحْتِمَالٍ أَنْ لَا يَسْقُطَ حَقُّهَا ، وَلَهَا الْمُطَالَبَةُ مَتَى شَاءَتْ . وَهَذَا مَذْهَبُ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا تَثْبُتُ رِفْعُ الضَّرَرِ بِتَرْكِ مَا يَتَجَدَّدُ مَعَ الْأَحْوَالِ ، فَكَانَ لَهَا الرَّجُوعُ ، كَمَا
لَوْ أَعْسَرَ بِالنَّفَقَةِ ، فَعَفَتْ عَنِ الْمُطَالَبَةِ بِالْفَسْخِ ، ثُمَّ طَالَبَتْ ، وَفَارَقَ الْفَسْخُ لِلْعِنَةِ ؛ فَإِنَّهُ
فَسَخَ لَعَيْنِهِ ، فَمَتَى رَضِيَتْ بِالْعَيْنِ ، سَقَطَ حَقُّهَا ، كَمَا لَوْ عَفَا الْمُشْتَرَى عَنْ غَيْبِ
الْمَبِيعِ ، وَإِنْ سَكَتَتْ عَنِ الْمُطَالَبَةِ ، ثُمَّ طَالَبَتْ بَعْدَ ، فَلَهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهَا يَثْبُتُ عَلَى
التَّرَاخِي ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ كَمَا سَتَحْقَاقِ النَّفَقَةِ .

فصل : وَالْأَمَةُ كَالْحُرَّةِ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمُطَالَبَةِ ، سَوَاءً عَفَا السَّيِّدُ عَنْ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْفَ ؛
لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ، حَيْثُ كَانَ الْاسْتِمْتَاعُ يَحْصُلُ لَهَا . فَإِنْ تَرَكَتِ الْمُطَالَبَةَ ، لَمْ يَكُنْ لِمَوْلَاهَا
الطَّلَبُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ . فَإِنْ قِيلَ : حَقُّهُ فِي الْوَلَدِ ، وَلِهَذَا لَمْ يَجْزِ الْعَزْلُ عَنْهَا ^(٢٦) «إِلَّا بِإِذْنِهِ» .
قُلْنَا : لَا يَسْتَحِقُّ عَلَى الزَّوْجِ اسْتِغْلَادَ الْمَرْأَةِ ؛ وَلِذَلِكَ ^(٢٧) «لَوْ حَلَفَ لَيُعْزِلَنَّ

(٢٤-٢٥) سقط من : م .

(٢٥) في الأصل ، ب ، م ، د مع : هـ .

(٢٦-٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٧) سقط من : الأصل ، م ، و ب ، د وذلك : هـ .

عنها ، أو لا يَسْتَوْلِدُهَا ، لم يَكُنْ مُوَلِّيًا ، ولو أَنَّ المُوَلِّىَ وَطِئَ بِحَيْثُ يُوْجَدُ التَّضَاءُ
الْمُخْتَانَيْنِ ، حَصَلَتِ الْفَيْقَةُ ، وَزَالَتْ عَنْهُ الْمَطَالِبَةُ ، وَإِنَّمَا اسْتَوْذَنَ السَّيِّدُ فِي
الْعَزْلِ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْأَمَةِ ، فَرُبَّمَا تَقْصَرُ قِيَمَتُهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ صَغِيرَةً ، أَوْ مَجْنُونَةً ، فَلَيْسَ لَهَا الْمَطَالِبَةُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا غَيْرُ
مُعْتَبَرٍ ، وَلَيْسَ لِوَلِيِّهِمَا الْمَطَالِبَةُ ؛ لِأَنَّ هَذَا طَرِيقَةُ الشَّهْوَةِ ، فَلَا يَقُومُ غَيْرُهُمَا مَقَامَهُمَا
فِيهِ ^(٢٨) . فَإِنْ كَانَا مِمَّنْ لَا يُمَكِّنُ وَطَأُهَا ، لم يُخْتَسَبْ عَلَيْهِ بِالْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنْ
جِهَتَيْهِمَا . وَإِنْ كَانَ وَطَأُهَا مُمَكِّنًا . فَإِنْ أَفَاقَتِ الْمَجْنُونَةُ ، أَوْ بَلَغَتِ الصَّغِيرَةُ ، قَبْلَ
انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، ثُمَّ مَتَّ مَتَدَّةً ، ثُمَّ لَهَا الْمَطَالِبَةُ ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ،
فَلَهُمَا الْمَطَالِبَةُ يَوْمَئِذٍ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ثَابِتٌ ، وَإِنَّمَا تَأْخُرُ لِعَدَمِ إِمْكَانِ الْمَطَالِبَةِ . وَقَالَ
الشَّافِعِيُّ : لَا تُضَرَّبُ الْمُدَّةُ فِي الصَّغِيرَةِ حَتَّى تَبْلُغَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تُضَرَّبُ الْمُدَّةُ ،
سَوَاءً أَمَكَّنَ الْوَطْءُ أَوْ لَمْ يُمَكِّنِ الْوَطْءُ ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ فَأَنَّ يِلْسَانَهُ ، / وَإِلَّا بَانَثَ بَانَثِ انْقِضَاءِ
الْمُدَّةِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ عِنْدَهُ ^(٢٩) فِي التَّائِيذِ ، وَالرُّثَقَاءِ ، وَالْقُرْنَاءِ ، وَالَّتِي غَابَتْ فِي
الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِبِلَاءٌ صَحِيحٌ ، فَوَجِبَ أَنْ تَتَعَقَّبَهُ الْمُدَّةُ ، كَالَّتِي يُمَكِّنُهُ جَمَاعُهَا . وَلَنَا ،
أَنَّ حَقَّهَا مِنَ الْوَطْءِ يَسْقُطُ بِتَعَذُّرِ جَمَاعِهَا ، فَوَجِبَ أَنْ تَسْقُطَ الْمُدَّةُ الْمَضْرُوبَةُ لَهُ ، كَمَا
يَسْقُطُ أَجَلُ الدَّيْنِ بِسُقُوطِهِ . وَأَمَّا الَّتِي أَمَكَّنَهُ جَمَاعُهَا ، فَتُضَرَّبُ لَهُ الْمُدَّةُ فِي حَقِّهَا ؛
لَأَنَّهُ إِبِلَاءٌ صَحِيحٌ مِمَّنْ يُمَكِّنُهُ جَمَاعُهَا ، فَتُضَرَّبُ لَهُ الْمُدَّةُ كَالْبَالِغَةِ ، وَمَتَّى ^(٣٠) قَصَدَ
الإِضْرَارَ بِهِمَا ^(٣١) بَتَرِكَ الْوَطْءِ أَيْتَمَ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُقَالَ لَهُ : ائْتِنِي اللَّهَ فَإِنَّمَا أَنْ تَفِيءَ ، وَإِنَّمَا أَنْ
تُطَلَّقَ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ^(٣٢) . وَقَالَ تَعَالَى :

٢٦٩/٨ ط

(٢٨) سقط من : ب .

(٢٩) سقط من : الأصل ، م . و ١ : د ثم لهما .

(٣٠) في الأصل : د عنه .

(٣١) في ١ ، ب ، م : د والى .

(٣٢) في ١ ، ب ، م : د ١٦٤ .

(٣٣) سورة النساء ١٩ .

﴿فَأَمَّاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيعٍ بِإِحْسَانٍ﴾^(١) . وليس الإضرار من المعاشرة بالمعروف .

١٣٠٠ - مسألة ، قال : (وَالفَيْتَةُ : الْجَمَاعُ)

ليس في هذا الاختلاف بحمد الله . قال ابن المنذر : أجمع كل من نخطفه عنه من أهل العلم ، على أن الفتيء الجماعة . كذلك قال ابن عباس . وروى ذلك عن علي ، وابن مسعود . وبه قال مسروق ، وعطاء ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، وسعيد بن جبلة ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو عبيدة ، وأصحاب الرأي ، إذا لم يكن عذر . وأصل الفتيء الرجوع ، ولذلك يسمى الظل بعد الزوال فتيءاً ؛ لأنه رجع من المغرب إلى المشرق ، فسمي الجماعة من المولى فتيقة ؛ لأنه رجوع^(٢) إلى فعل ما تركه . وأذن الوطء الذي تحصل به الفتيقة ، أن تغيب الحشفة في الفرج ؛ فإن أحكام الوطء تتعلق به . ولو وطئ دون الفرج ، أو في الدبر ، لم يكن فتيقة ؛ لأنه ليس بمحلولف على تركه ، ولا يزول الضرر بفعله .

فصل : وإذا فاء ، لزمت الكفارة ، في قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن زيد ، وابن عباس . وبه قال ابن سيرين ، والنخعي ، والثوري ، وقادة ، ومالك ، وأهل المدينة ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وهو ظاهر مذهب الشافعي . وله قول آخر : لا كفارة عليه . وهو قول الحسن . وقال النخعي : كانوا يقولون ذلك ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْ فَاغُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾^(٣) . قال قادة : هذا خالف الناس . يعني قول الحسن . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ ﴾ الآية إلى قوله : ﴿ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا

(٣٤) سورة البقرة ٢٢٩ .

(١) ل م : ٥ : رجع ٤ .

(٢) سورة البقرة ٢٢٦ .

حَلَفْتُمْ ﴿٣﴾ . وقال سبحانه : ﴿ قَدْ قَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَجَلَّةً أَيْمَانَكُمْ ﴾ (١) . وقال النبي ﷺ : « إِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ ، قَرَأْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا / ، فَأَبِىَ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ ، وَكَفَّرَ عَنْ يَمِينِكَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٢) . وَلَئِنْ كَانَ حَالِفٌ حَازِبًا فِي يَمِينِهِ ، فَلَزِمَتْهُ الْكُفَّارَةُ كَمَا لَوْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ فَرِيضَةٍ ثُمَّ فَعَلَهَا ، وَالْمَغْفِرَةُ لَا تُنَاقِضُ الْكُفَّارَةَ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدْ غَفَرَ لِرَسُولِهِ ﷺ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ وَمَا تَأَخَّرَ ، وَقَدْ كَانَ يَقُولُ : « إِنِّي وَاللَّهِ لَا أُحْلِفُ عَلَى يَمِينٍ فَأَرَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا ، إِلَّا أَتَيْتُ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ ، وَتَحَلَّلْتُهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٣) .

فصل : وإن كان الإبلاء بتغليب عتق أو طلاق ، وَقَعَ بِنَفْسِ الْوَطْءِ ؛ لِأَنَّهُ مُعْلَقٌ بِصِفَةٍ ، وَقَدْ وَجَدْتُ . وإن كان على نَذْرٍ ، أَوْ عَتَقٍ ، أَوْ صَوْمٍ ، أَوْ صَلَاةٍ ، أَوْ صَدَقَةٍ ، أَوْ حَجٍّ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الطَّاعَاتِ أَوْ الْمَبَاحَاتِ ، فَهُوَ مُخَيَّرُ بَيْنِ الْوَفَاءِ بِهِ وَبَيْنِ كُفَّارَةٍ

(٣) سورة المائدة ٨٩ .

(٤) سورة التحريم ٢ .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ لَا تَزِدْكُمْ اللَّهُ بِالْفِعْلِ أَيْمَانَكُمْ ﴾ ، وباب لا تحلفوا بأيمانكم ، من كتاب الأيمان والنذور ، وفي : باب من لم يسأل الإشارة أعانته الله ، وباب من سأل الإشارة وكل إليها ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٨ / ١٥٩ ، ١٦٥ ، ٩ / ٧٩ . ومسلم ، في : باب نذر من حلف بمينا ... ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٦٩ ، ١٢٧١ ، ١٢٧٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب اليمين في قطعة الرحم ، وباب الرجل يكفر قبل أن يميت ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن أبي داود ٢ / ٢٠٤ ، ٢٠٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء من حلف ... ، وباب ما جاء في الكفارة قبل الحنث ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذي ٧ / ١٠ ، ١١ . والنسائي ، في : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، وباب الكفارة قبل الحنث ، وباب الكفارة بعد الحنث ، من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ٩ / ٧١٢ . وابن ماجه ، في : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، وباب من قال : كفارتها تركها ، من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦٨١ ، ٦٨٢ . والدارمي ، في : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن الدارمي ٢ / ١٨٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ١٨٥ ، ٢٠٤ ، ٢١١ ، ٢١٢ ، ٣٦١ ، ٣ / ٧٦ ، ٤ / ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ ، ٥ / ٦١ ، ٦٣ .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب ومن الدليل على أن الخمس لنوابل المسلمين ، من كتاب الخمس . وفي : باب الدجاج ، من كتاب الذبائح ، وفي : باب الكفارة قبل الحنث وبعده ، من كتاب الكفارات ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وَاللَّهُ يَخْلُقُكُمْ مَا تَعْمَلُونَ ﴾ ، من كتاب التوحيد . صحيح البخاري ٤ / ١٠٩ ، ٧ / ١٢٣ ، ٨ / ١٨٣ ، ٩ / ١٩٧ . ومسلم ، في : باب نذر من حلف بمينا ... ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٧٠ .

مبين ؛ لأنه نذرٌ لجاجٍ وغَضَبٍ ، فهذا حُكْمُهُ . وإن عُلّقَ طلاقُها الثلاثَ بِوَطْئِها ، لم يُؤمَرُ بِالْفَيْقَةِ ، وأُمِرَ بالطلاقِ ؛ لأنَّ الوطءَ غيرُ مُمكنٍ ؛ لِكُنْهَها تَبِينُ منه بِإِبْلاَجِ الحَشَفَةِ ، فيصيرُ مُستَمْتِعًا بِأَجْنِبِيَّةٍ . وهذا قولُ بعضِ أصحابِ الشافعي . وأكثرهم قالوا : تجوزُ الفَيْقَةُ ؛ لأنَّ التَّرْعَ تَرَكَّ للوطءِ ، وتَرَكَّ الوطءُ لَيسَ بِوطءٍ . وقد ذَكَرَ القاضي أنَّ كلامَ أحمدَ يَقْتَضِي رَوَاتَيْنِ ، كَهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . واللاتي بِمَذْهَبِ أحمدَ تُعْزِمُهُ ؛ لوجوه ثلاثة ، أحدها أَنَّ آخِرَ الوطءِ حَصَلَ في أَجْنِبِيَّةٍ كما ذَكَرْنَا ؛ فَإِنَّ التَّرْعَ يُقْلَدُ بِهِ كما يُقْلَدُ بِالْإِبْلَاجِ ، فيكونُ في حُكْمِ الوطءِ ، ولذلك قلْنَا في مَنْ طَلَعَ عَلَيْهِ الفَجْرُ وهو مُجَامِعٌ ، فَنَزَعَ : أَنَّهُ يُقَطِّرُ . والتَّحْرِيمُ هُنَا أَوَّلَى ؛ لأنَّ الفِطْرَ بِالوطءِ . وَيُمْكِنُ مَنَعُ كَوْنِ التَّرْعِ وَطْأً ، والمُحْرَمُ هُنَا الاستِمْتَاعُ ، والتَّرْعُ استِمْتَاعٌ ، فكان مُحْرَمًا ، ولِأَنَّ تَمَسُّسَهَا عَلَى وَجْهِ التَّلَذُّذِ بِهَا مُحْرَمٌ ، فَلَمَسُ الْفَرْجِ بِالْفَرْجِ أَوَّلَى بِالتَّحْرِيمِ . فَإِنْ قِيلَ : فهذا إِنَّمَا يَحْصُلُ ضَرُورَةُ تَرَكِّ الوطءِ الْمُحْرَمِ . قلْنَا : فإذا لم يُمكنِ الوطءُ إِلَّا بِفِعْلِ مُحْرَمٍ حُرْمٌ ضَرُورَةٌ تَرَكَّ الْحَرَامِ . كما لو اخْتَلَطَ لَحْمُ الْخَنَزِيرِ بِلَحْمِ مُبَاحٍ ، لَا يُمْكِنُهُ أَكْلُهُ إِلَّا بِأَكْلِ لَحْمِ الْخَنَزِيرِ ، حُرْمٌ ، ولو اشْتَبَهَتْ مَيْتَةٌ بِمَذْكَاةٍ ، أو امرأَةٌ بِأَجْنِبِيَّةٍ ، حُرْمُ الْكُلِّ . الْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّهُ بِالوطءِ يَحْصُلُ الطَّلَاقُ بَعْدَ الْإِصَابَةِ ، وهو طَلَاقٌ بِذَعَةٍ ، وكما يَحْرُمُ إِيقَاعُهُ بِلِسَانِهِ ، يَحْرُمُ تَحْقِيقُ سَبَبِهِ . الثالث ، أَنَّهُ ^(٧) يَقَعُ بِهِ طَلَاقُ الْبِدْعَةِ مِنْ وَجْهِ آخَرَ ، وهو جَمْعُ ^(٨) الثَّلَاثِ ، فَإِنْ وَطِئَ ، فعليه أَنْ يَنْزِعَ حِينَ ^(٩) يُوَلِّجُ الْحَشَفَةَ ، وَلَا يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ ، وَلَا يَلْبَسَ وَلَا يَتَحَرَّكَ عِنْدَ التَّرْعِ ؛ لِأَنَّهَا أَجْنِبِيَّةٌ ، فإذا فَعَلَ ذَلِكَ ، فَلَا حَدَّ وَلَا مَهْرَ ؛ لِأَنَّهُ تَارَكَ لِلوطءِ ، وَإِنْ لَبِثَ أَوْ تَمَّ الْإِبْلَاجَ ، / فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، لِتَمَكُّنِ الشَّهَادَةِ مِنْهُ ، لِكُونِهِ وَطْأً بَعْضُهُ فِي رُوحَتِهِ ، وَفِي الْمَهْرِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهَا ، يَلْزُمُهُ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ مِنْهُ وَطْءٌ مُحْرَمٌ فِي مَحَلٍّ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، فَأَوْجَبَ الْمَهْرَ ، كما لو أُولِّجَ بَعْدَ التَّرْعِ . والثَّانِي ،

٧٠/٨ ظ

(٧) في ١ ، ب ، م ، د : أن .

(٨) في ١ : اجمع .

(٩) في ب : حتى .

لَا يَجِبُ ؛ لِأَنَّهُ تَابِعَ الْإِيلَاجِ فِي مَحَلِّ مَمْلُوكٍ ، فَكَانَ تَابِعًا لَهُ فِي سَقُوطِ الْمَهْرِ . وَإِنْ نَزَعَ ، ثُمَّ أَوْلَجَ ، وَكَانَا جَاهِلَيْنِ بِالتَّخْرِيمِ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِمَا ، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لَهَا ، وَيَلْحَقُهُ النَّسَبُ . وَإِنْ^(١٠) كَانَا عَالِمَيْنِ بِالتَّخْرِيمِ ، فَعَلَيْهِمَا الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ إِيْلَاجٌ فِي أَجْنَبِيَّةٍ بِغَيْرِ شَبْهَةٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، ثُمَّ وَطَّئَهَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا ، لِأَنَّهَا مُطَاوَعَةٌ عَلَى الزَّوْجِ ، وَلَا يَلْحَقُهُ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ زَوْجٍ لَا شَبْهَةَ فِيهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا ، أَنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهِمَا ، لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَحْفَى عَلَى كَثِيرٍ مِنَ النَّاسِ ، وَهُوَ رَجْعَةٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي الْعَالِمَيْنِ ، وَلَيْسَ هُوَ فِي مَظَنَّةِ الْخَفَاءِ ؛ فَإِنْ أَكْثَرَ الْمُسْلِمِينَ يَعْلَمُونَ أَنَّ الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ مُحَرَّمٌ لِلْمَرْأَةِ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِمًا ، وَالْآخَرُ جَاهِلًا ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ هُوَ الْعَالِمَ ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَلَهَا الْمَهْرُ ، وَلَا يَلْحَقُهُ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّهُ زَانٌ عَدْوَدٌ . وَإِنْ كَانَتْ هِيَ الْعَالِمَةُ دُونَهُ ، فَعَلَيْهَا الْحَدُّ وَحْدَهَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَالنَّسَبُ لِحَقِّ الزَّوْجِ ، لِأَنَّ وَطْأَهُ وَطْءُ شَبْهَةٍ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطَّئْتُكِ ، فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرٍ أُمِّي . فَقَالَ أَحْمَدُ : لَا يَقْرُبُهَا حَتَّى يُكْفَرَ . وَهَذَا نَصٌّ فِي تَحْرِيمِهَا قَبْلَ التَّكْفِيرِ ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى تَحْرِيمِ الْوَطْءِ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا بِطَرِيقِ التَّبْيِيهِ ؛ لِأَنَّ الْمُطَلَّقةَ ثَلَاثًا أَعْظَمُ تَحْرِيمًا مِنَ الْمُظَاهَرِ مِنْهَا . وَإِذَا وَطَّئُوهَا هُنَا ، فَقَدْ صَارَ مُظَاهِرًا مِنْ زَوْجَتِهِ ، وَزَالَ حُكْمُ الْإِيلَاجِ . وَبِمَحْتَمَلٍ أَنَّ أَحْمَدَ إِنَّمَا أَرَادَ ، إِذَا وَطَّئَهَا مَرَّةً ، فَلَا يَطْأُهَا حَتَّى يُكْفَرَ ؛ لَكُونِهِ صَارَ بِالْوَطْءِ مُظَاهِرًا ، إِذْ لَا يَصِحُّ تَقْدِيمُ الْكُفَّارَةِ عَلَى الظَّهْرِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبُهَا ، وَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ الْحُكْمِ عَلَى سَبَبِهِ . وَلَوْ كُفِّرَ قَبْلَ الظَّهْرِ لَمْ يُجْزِئْهُ . وَقَدْ رَوَى إِسْحَاقُ ، قَالَ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ ، فِي مَنْ قَالَ لِرُوحَتِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرٍ أُمِّي إِنْ قَرَيْتُكِ إِلَى سَنَةٍ . قَالَ : إِنْ جَاءَتْ تَطَلَّبْتُ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَغْتَضِلَهَا بَعْدَ مُضِيِّ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ، يُقَالُ لَهُ : إِنَّمَا أَنْ تَفِيءَ ، وَإِنَّمَا أَنْ تُطَلَّقَ . فَإِنْ وَطَّئَهَا ، فَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ كُفَّارَةٌ ، وَإِنْ أُمِّي ، وَأَرَادَتْ مُفَارَقَتَهُ ، طَلَّقَهَا الْحَاكِمُ عَلَيْهِ . فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ تَحْمِلَ الرِّوَايَةِ

الأولى على المنع من الوطء بعد الوطء الذى صار به مظاهراً ، لما ذكرناه ، فتكون الروايتان متفقتين . والله تعالى أعلم .

١٣٠١ - مسألة : قال : (أَوْ يَكُونُ لَهُ عُذْرٌ مِنْ مَرَضٍ ، أَوْ إِخْرَامٍ ، أَوْ حَيْضٍ لَا يُمَكِّنُ مَعَهُ الْجِمَاعُ / ، فيقول : متى قدرْتُ جَامِعَتَهَا . فَيَكُونُ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ قِيَّةٌ لِلْعُذْرِ)

٧١/٨

وجملة ذلك أنه إذا مضت المدة ، وبالمولى عُذْرٌ يَمْتَنِعُ الوطء من مَرَضٍ ، أو حَيْضٍ ، أو غيرِ ، أو غيره ، لَزِمَهُ أَنْ يَقِىءَ بِلَسَانِهِ ، فيقول : متى قدرْتُ جَامِعَتَهَا . أو نحو^(١) هذا . ومن قال : يَقِىءُ بِلَسَانِهِ إذا كان ذا عُلْفٍ . ابن مسعود ، وجابر بن زيد ، والشَّعْبِيُّ ، والحسن ، والزُّهْرِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، وعِكْرَمَةُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وقال سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ : لا يكونُ الْفَقْهُ إِلَّا بِالْجِمَاعِ^(٢) ، في جِلِّ الْعُذْرِ وغيره . وقال أبو ثَوْرٍ : إذا لم يَقْدِرْ ، لم يُوقَفْ حتى يَصِيحْ ، أو يَصِلَ إِنْ كَانَ غَائِبًا ، ولا تَلَزِمُهُ الْقِيَّةُ بِلِسَانِهِ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ بِتَرْكِ الْوُطْءِ لَا يَزُولُ بِالْقَوْلِ . وقال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ : يحتاجُ أَنْ يَقُولَ : قد تَدِمْتُ عَلَى مَا فَعَلْتُ ، وَإِنْ قَدَرْتُ وَطَفْتُ . ولنا ، أَنَّ الْقَصْدَ بِالْقِيَّةِ تَرْكُ مَا قَصَدَهُ مِنَ الْإِضْرَارِ ، وقد تَرَكَ قَصْدَ الْإِضْرَارِ بِمَا أَكْبَى بِهِ مِنَ الْاِغْتِدَارِ ، والقولُ مع الْعُذْرِ يَقُومُ مَقَامَ فِعْلِ الْقَادِرِ ، بدليلِ أَنَّ^(٣) إِشْهَادَ الشُّفِيعِ عَلَى الطَّلَبِ بِالشُّفْعَةِ عِنْدَ الْعَجْرِ عَنْ طَلِبِهَا ، يَقُومُ مَقَامَ طَلِبِهَا فِي الْحُضُورِ فِي إِبْتَائِهَا . ولا يحتاجُ أَنْ يَقُولَ : تَدِمْتُ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ أَنْ يُظْهِرَ رُجُوعَهُ عَنِ الْمُقَامِ عَلَى الْيَمِينِ ، وقد حَصَلَ بِظُهُورِ عَزْمِهِ عَلَيْهِ . وحكى أبو الخطابُ عن القاضي ، أَنَّ قِيَّةَ الْمُعْذُورِ أَنْ يَقُولَ : فُتَّ إِلَيْكَ . وهو قولُ الثَّوْرِيِّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . والذي ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » مِثْلُ مَا ذَكَرَ

(١) في م : و نحو .

(٢) في ١ ، ب ، م : الْجِمَاعُ .

(٣) سقط من : ١ .

الْجَرْقِيُّ ، وَهُوَ أَحْسَنُ ؛ لِأَنَّ وَقْعَهُ بِالْفِعْلِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ ، دَلِيلٌ عَلَى تَرْكِهِ ^(٤) قَصْدِ
الْإِضْرَارِ ، وَهُوَ نَوْعٌ مِنَ الْإِعْذَارِ ، وَإِخْبَارٌ بِإِزَالَتِهِ لِلضَّرَرِ ^(٥) عِنْدَ امْتِنَانِهِ ، وَلَا يَحْصُلُ
بِقَوْلِهِ : قُتِلَ إِلَيْكَ . شَيْءٌ مِنْ هَذَا . فَأَمَّا الْعَاجِزُ لَجَبٌ ^(٦) أَوْ شَتْلِي ، فَقَيْدُهُ أَنْ يَقُولَ : لَوْ
قَدَّرْتُ لَجَامَعْتُهَا . لِأَنَّ ذَلِكَ يُبْهِلُ مَا حَصَلَ بِإِبْلَائِهِ .

فصل : وَإِلْخِرَامُ كَالْمَرَضِ ، فِي ظَاهِرِ قَوْلِ الْجَرْقِيِّ . وَكَذَلِكَ عَلَى قِيَاسِهِ الْإِعْتِكَافُ
الْمَنْدُورُ وَالظَّهَارُ . وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا أَنَّ الْمُظَاهَرَ لَا يُمْتَهَلُ ، وَيُؤْمَرُ بِالطَّلَاقِ . فَيُخْرَجُ مِنْ
هَذَا أَنَّ كُلَّ غُلْظٍ مِنْ فَعْلِهِ يَمْتَنِعُهُ الْوُطْءُ لَا يُمْتَهَلُ مِنْ أَجْلِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ
الْإِمْتِنَاعَ بِسَبَبٍ مِنْهُ ، فَلَا يُسْقَطُ حُكْمًا وَاجِبًا عَلَيْهِ . فَعَلِيَ هَذَا لَا يُؤْمَرُ بِالْوُطْءِ ؛ لِأَنَّهُ
مُحَرَّمٌ عَلَيْهِ ، وَلَكِنْ يُؤْمَرُ بِالطَّلَاقِ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْوُطْءِ بِأَمْرِ لَا
يُمْكِنُ الْخُرُوجُ مِنْهُ ، فَاشْتَبَهَ الْمَرِيضَ . فَأَمَّا الْمُظَاهَرُ ، فَيَقَالُ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُكْفَرَ وَتُفِيءَ ،
وَأَمَّا أَنْ تُطَلَّقَ . فَإِنْ قَالَ : أَتَمْهَلُونِي حَتَّى أَطْلُبَ رَقَبَةً ، أَوْ أَطْعِمَ . فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى
التَّكْفِيرِ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا يَقْصِدُ الْمُدَافَعَةَ وَالتَّأْخِيرَ ، لَمْ يُمْتَهَلْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ حَالٌ عَلَيْهِ .
وَإِنَّمَا يُمْتَهَلُ لِلْحَاجَةِ ، وَلَا حَاجَةَ . وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ ذَلِكَ ، أَتَمْهَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، لَأَنَّهَا قَرِيبَةٌ ، وَلَا
يُزَادُ عَلَى ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ قَرْضُهُ الصِّيَامَ ، فَطَلَبَ الْإِمْتِهَالَ لِيَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَابَعَيْنِ ، لَمْ
يُمْتَهَلْ ؛ لِأَنَّهُ كَثِيرٌ . وَيَخْرُجُ أَنْ يَقْضَى بِلِسَانِهِ فَيْتَةُ الْمَعْذُورِ ، وَهُمْتَهَلُ حَتَّى يَصُومَ ،
كَقَوْلِنَا فِي الْمُحْرِمِ . فَإِنْ وَطَّعَهَا فَقَدْ عَصَى ، وَانْحَلَّ إِبْلَاؤُهُ . وَلَهَا مَنَعُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا
الْوُطْءُ مُحَرَّمٌ عَلَيْهِمَا . وَقَالَ الْقَاضِي : يَلْزَمُهَا التَّمَكُّينُ ، وَإِنْ ائْتَمَّتْ سَقَطَ حَقُّهَا ؛ لِأَنَّ
حَقَّهَا فِي الْوُطْءِ ، وَقَدْ بَذَلَتْ لَهَا ، وَمَنَى وَطَّعَهَا فَقَدْ وَفَّاهَا حَقَّهَا ، وَالتَّحْرِيمُ عَلَيْهِ دُونَهَا .
وَلَنَا ، أَنَّهُ وَطْءٌ حَرَامٌ ، فَلَا يَلْزَمُ التَّمَكُّينُ مِنْهُ ، كَالْوُطْءِ فِي الْحَيْضِ وَالتَّنَاسُلِ . وَهَذَا يَنْقُضُ
دَلِيلَهُمْ . وَلَا تُسَلِّمُ كَوْنُ التَّحْرِيمِ عَلَيْهِ دُونَهَا ؛ فَإِنَّ الْوُطْءَ مَتَى حَرَّمَ عَلَى أَحَدِهِمَا حَرَّمَ عَلَى

ط ٧١/٨

(٤) لِي ب : قول ٤ .

(٥) لِي ب : الضرر ٤ .

(٦) لِي الْجَمَل ، ب : يجب ٤ .

الآخر ؛ لكونه فعلاً واحداً ، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحریم ، لاختصت المرأة بتحریم الوطء في الحيض والثفاس وإحرامها وصيامها ؛ لا اختصاصها^(٧) بسببه .

فصل : وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق يملكه^(٨) أداؤه ، طوَلَبَ بالقيعة ؛ لأنه قادر عليها بأداء ما عليه . فإن لم يفعل ، أُمِرَ بالطلاق . وإن كان عاجزاً عن أدائه ، أو حَيْسَ ظُلماً ، أُمِرَ بَقِيعة المَعْدُور . وإن انقضت وهو غائب ، والطريق آمِنٌ ، فلها أن تُوكِّلَ مَنْ يُطالِبُها بالمسيير إليها ، أو حملها إليه ، فإن لم يفعل ، أخذ بالطلاق . وإن كان الطريق مخوفاً ، أو له عُذْرٌ يمنعه ، فاء قِيعة المَعْدُور .

فصل : فإن كان مغلوباً على عقله يَجُنُونِ أو إغماء ، لم يُطالَبَ ؛ لأنه لا يصلح للخطاب ، ولا يصح منه الجواب ، وتتأخر المطالبة إلى حال القدرة ، وزوال العذر ، ثم يُطالَبُ حيثئذ . وإن كان مجبوراً ، قلنا : يصح إيلأؤه . فاء قِيعة المَعْدُور ، فيقول : لو قَدَرْتُ جامعتهما .

فصل : وإذا انقضت المدة ، فادعى أنه عاجز عن الوطء ، فإذا^(٩) كان قد وطئها مرة ، لم تُسمع دَعْوَاهُ العنة ، كما لا تُسمع دَعْوَاهَا عليه ، ويؤخذ بالقيعة ، أو بالطلاق ، كثيره ، وإن لم يكن وطئها ، ولم تكن حاله معروفة ، فقال القاضي : تُسمع دَعْوَاهُ ، ويُقبل قوله ؛ لأنَّ التَّعِينِ مِنَ الْعُيُوبِ التي لا يَقِفُ عليها غيره . وهذا ظاهر نص الشافعي . ولها / أن تسأل الحاكم ، فيضرب له مُدة العنة بعد أن يقى قِيعة أهْل الأعدار . وفيه وَجْهٌ آخر ، أنه لا^(١٠) يُقبل قوله^(١١) ؛ لأنه مُتَّهَمٌ في دَعْوَى ما يُسْقِطُ عنه تَأْوِجَةُ عَلَيْهِ الطَّلَبُ به^(١٢) ، والأصل سلامته منه . وإن ادعت أنه قد أصابها مرة ،

٧٢/٨ و

(٧) سقط من : ب .

(٨) في م : يمكن .

(٩) في الأصل : فإن .

(١٠-١١) في م : يقل قوله .

(١١) في ب : فيه .

وَأَكْثَرَ ذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِضَرْبِ مُدَّةِ الْعَتَّةِ ، لَا عِترافها بِعَدَمِ عُنْتِهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي عَدَمِ الْإِصَابَةِ .

١٣٠٢ - مسألة ؛ قال : (فَمَتَى قَدَرَ ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، أَمَرَ بِالطَّلَاقِ)

وجملة الأمرِ أَنَّ الْمُؤَلَّى إِذَا وَقَفَ ، وَطَوَّلَ بِالْفَيْقَةِ وَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهَا ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، أَمَرَ بِالطَّلَاقِ . وهذا قول كلِّ مَنْ يَقُولُ : يُوقِفُ الْمُؤَلَّى ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيعٍ بِإِحْسَانٍ ﴾ ^(١) . فإذا امتنع من أداء الواجب عليه ، فقد امتنع من الإمساك بالمعروف ، فَيُؤْمَرُ بِالتَّسْرِيعِ بِالْإِحْسَانِ . وَإِنْ كَانَ مُعْذَرًا ، ففَاءَ بِلِسَانِهِ ، ثُمَّ قَدَرَ عَلَى الْوَطْءِ ، أَمَرَ بِهِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، وَالْأَمْرُ بِالطَّلَاقِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو بكرٍ : إِذَا فَاءَ بِلِسَانِهِ ، لَمْ يُطَالَبْ بِالْفَيْقَةِ مَرَّةً أُخْرَى ، وَخَرَجَ مِنَ الْإِبْلَاءِ . وهو قولُ الْحَسَنِ ، وَعِكْرَمَةَ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ فَاءَ مَرَّةً ، فَخَرَجَ مِنَ الْإِبْلَاءِ ، وَلَمْ تَلْزَمْهُ فَيْقَةٌ ثَانِيَةً ، كَالْوَفَاءِ بِالْوَطْءِ . وقال أبو حَنِيفَةَ : تُسْتَأْنَفُ لَهُ مُدَّةُ الْإِبْلَاءِ ؛ لِأَنَّهُ وَقَّاهَا حَقًّا بِمَا أُمِّكَنَهُ مِنَ الْفَيْقَةِ ، فَلَا يُطَالَبُ إِلَّا بَعْدَ اسْتِحْنَابِ مُدَّةِ الْإِبْلَاءِ ، كَالْوَطْءِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أُخِّرَ حَقًّا لِعَجْزِهِ عَنْهُ ، فَإِذَا قَدَرَ عَلَيْهِ ، لَزِمَهُ أَنْ يُوقِيَهَا إِيَّاهُ ، كَالَّذِينَ عَلَى الْمُعْصِيَةِ إِذَا قَدَرَ عَلَيْهِ . وما ذكرناه فليس بحَقِّها ، وَلَا يُزِيلُ الضَّرْرَ عَنْهَا بِهِ ، وَإِنَّمَا وَعَدَهَا بِالْوَفَاءِ ، وَلَزِمَهَا الصَّبْرُ عَلَيْهِ وَإِنْظَارُهُ ^(٢) كَالْغَرِيمِ الْمُعْصِي .

فصل : وليس على مَنْ فَاءَ بِلِسَانِهِ كُفَّارَةً ، وَلَا جُنْحٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفْعَلِ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا وَعَدَ بِفِعْلِهِ ، فَهُوَ كَمَنْ عَلَيْهِ ذَنْبٌ حَلَفَ أَنْ لَا يُوقِيَهُ ، ثُمَّ أَعْسَرَ بِهِ ، فَقَالَ : مَتَى قَدَرْتُ وَفَّقْتُهُ .

(١) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٢) في م : ١ : وَإِنْكَارُهُ تَحْرِيفٌ .

١٣٠٣ - مسألة ، قال : (فَإِنْ لَمْ يُطْلَقْ ، طَلَّقَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ)

وجملة الأمر أن المولى إذا امتنع من الفقة بعد الترتيب ، أو امتنع المذود من الفقة بلسانه ، أو امتنع من الوطء بعد زوال غدره ، أمر بالطلاق . (١) فإن طلق ، وقع طلاقه الذى أوقفه ، واحدة كانت أو أكثر . وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلاق ، لأنه يخصل الوفاء بحققها بها ، فإنها (٢) تُفصى إلى البتونة ، والتخلص من ضرره . وإن امتنع من الطلاق ، طلق الحاكم عليه . وهذا قال مالك . وعن / أحمد ، رواية أخرى ، ليس للحاكم الطلاق عليه ، لأن ما خیر الزوج فيه بين أمرين ، لم يتم الحاكم مقامه فيه ، كالاختيار لبعض الزوجات فى حق من أسلم ونكحه أكثر من أربع نسوة ، أو أختان . فعلى هذا يحبس ، ويضيق عليه ، حتى يقىء ، أو يطلق . وللشافعى قولان ، كالرأيتين . ولنا ، أن ما دخلته الثبابة ، وتعين مستحقه ، وامتنع من هو عليه ، قام الحاكم مقامه فيه ، كقضاء الدين ، وفارق الاختيار ، فإنه ما تعين مستحقه . وهذا أصح فى المذهب . وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك ، لأنه حق هنا . وإنما الحاكم يستوفى لها الحق ، فلا يكون إلا عند طلبها .

٧٢/٨

فصل : والطلاق الواجب على المولى رجعى ، سواء أوقفه بنفسه ، أو طلق الحاكم عليه . وهذا قال الشافعى . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله فى المولى : فإن طلقها . قال : تكون واحدة ، وهو أحق بها . وعن أحمد ، رواية أخرى ، أن فرقة الحاكم تكون بائنا . ذكر أبو بكر الرأيتين جميعا . وقال القاضى : المنصوص عن أحمد ، فى فرقة الحاكم ، أنها تكون بائنا ، فإن فى رواية الأثرم : وقد سئل إذا طلق عليه السلطان ، أتكون واحدة ؟ فقال : إذا طلق فهو واحدة ، وهو أحق بها ، فأما تفرق السلطان ، فليس فيه رجعة . وقال أبو ثور : طلاق المولى بائن ، سواء طلق هو ، أو طلق عليه الحاكم ،

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : فإنه .

لأنها فرقة لرفع الضرر ، فكان بائنا ، كفرقة العنة ، ولأنها لو كانت رجعية ، لم يندفع الضرر ؛ لأنه يرتفعها ، فيبقى الضرر . وقال أبو حنيفة : يقع الطلاق بانقضاء العدة بائنا . ووجه الأول ؛ أنه طلاق صادق مدخولا بها من غير عوض ، ولا استيفاء عكدي ، فكان رجعيا ، كالطلاق في غير الإبلاء . ويفارق فرقة العنة ؛ لأنها فسخ لعيب ، وهذه طلقة ، ولأنه لو أبيع له ارتجاعها ، لم يندفع عنها الضرر ، وهذه يندفع عنها الضرر ؛ فإنه إذا ارتجعها ، ضربت له مدة أخرى ، ولأن العنين قد يؤس من وطئه ، فلا فائدة في رجعيته ، وهذا غير عاجز ، ورجعته دليل على رغبته وإقلاعه عن الإضرار بها ، فافترقا . والله تعالى أعلم .

١٣٠٤ - مسألة : قال : (فَإِنْ طَلَّقَ عَلَيْهِ ثَلَاثًا ، فَهِيَ ثَلَاثٌ)

وجملة الأمر أن المولى إذا امتنع من الفينة والطلاق معا^(١) ، وقام الحاكم مقامه ، فإنه يملك من الطلاق ما يملكه المولى ، وإليه الخيرة فيه ، إن شاء طلق واحدة ، وإن شاء اثنتين ، وإن شاء ثلاثا ، / وإن شاء فسخ . قال القاضي : هذا ظاهر كلام أحمد . وقال الشافعي : ليس له إلا واحدة ؛ لأن إيفاء الحق يحصل بها ، فلم يملك زيادة عليها ، كالم يملك الزيادة على وفاء الدين في حق الممتنع . ولنا ، أن الحاكم قائم مقامه ، فملك من الطلاق ما يملكه ، كما لو وكله في ذلك . وليس ذلك زيادة على حقها ؛ فإن حقها الفرقة ، غير أنها تقتنع ، وقد يرى الحاكم المصلحة في تحريمها عليه ، ومنعه رجعتها ؛ ليلحمه بسوء قصده ، وحصول المصلحة بعده^(٢) . قال أبو عبد الله : إذا قال : فرقت بينكما^(٣) . فالأمر هو فسخ . وإذا قال : طلقك واحدة . فهي واحدة . وإذا قال : ثلاثا . فهي ثلاث .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) ل م : بعده .

(٣) ل م : بينكم .

١٣٠٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً ، وَزَاجَعَ ، وَقَدْ بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ
الْإِبْلَاءِ أَكْثَرُ ^(١) مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَانَ الْحُكْمُ كَمَا حَكَمْنَا فِي الْأَوَّلِ)

وجملة الأمر أنه إذا طلق المولى ، أو طلق الحاكم عليه أقل من ثلاث ، فله رجعتها .
وعن أبي عبد الله ، رحمه الله ، رواية أخرى ، أن تفريق الحاكم ليس فيه رجعة ؛ فإنه
قال : وأما تفريق السلطان ، فليس فيه رجعة في العدة ، ولا بعدها . فعل هذه الرواية ،
يكون طلاق الحاكم بائنا ، ليس فيه رجعة . وقال أبو بكر : في كل فرقة فرقها الحاكم
روايتان ، لعائنا كانت أو غيره ؛ إحداهما ، تحرم على التأبيد . واختارها . والثانية ، له
المراجعة فيها بعقد جديد . وهذا الصحيح . وليس في كلام أحمد ما يقتضى تخريمها
عليه . وقوله : ليس فيه رجعة في العدة ولا بعدها . يُمكن حمله على أنه ليس له رجعتها
بغير نكاح جديد ؛ لأنه قد صرح في سائر الروايات به ، ولأنه لم يوجد سبب يقتضى
تخريمها عليه ، وتفريق الحاكم لا يقتضى سوى التفريق بينهما في هذا النكاح ، ولذلك
لو فرق بينهما لأجل العنة ، لم تحرم عليه . وأما فرقة اللعان ، فإنها تحصل بدون تفريق
الحاكم . ولو حصلت بتفريق الحاكم غير أن المقتضى للتفريق والتحریم اللعان ، بدليل
أنه لا يجوز إقرارهما على النكاح وإن تراضوا به ، بخلاف مسألتنا . وأما على قول
الخزعي ، فإن الطلاق إذا كان دون الثلاث ، فهو رجعي ، سواء كان من المولى ، أو ^(٢)
الحاكم . وهذا مذهب الشافعي ؛ ^(٣) لأن الحاكم نائبه ، فلا يقع طلاقه مفيدا ، كما لم يفده
طلاق المولى كالوكيل . فإن لم يراجع حتى انقضت عدتها ، بائنا ، ولم يلحقها
طلاق ثان . وهذا مذهب الشافعي ^(٤) ، وروى عن علي : إذا سبق حد الإبلاء حد
الطلاق ، فهما تطلقتان ، وإن سبق حد الطلاق حد الإبلاء ، فهي واحدة . وبقتضيه

(١) سقط من : م .

(٢) في ب زيادة : ٥ من ٤ .

(٣-٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

مذهبُ الزُّهْرِيِّ . وهذا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ بِانْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِبْلَاءِ ، ^(٤) مِنْ غَيْرِ
إِقْبَاجٍ ^(٥) . / وقد سَبَقَ ذِكْرُ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ فَسَخَ الْحَاكِمُ النِّكَاحَ ، فَلَيْسَ لِلْمَوْلَى الرَّجُوعُ
عَلَيْهَا إِلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ ، سَوَاءَ كَانَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ بَعْدَهَا . وَلَا يُقْصَرُ بِهِ عَدَدُ طَلَاقِهِ ؛ لِأَنَّهُ
لَيْسَ بِطَلَاقٍ ، فَأَشْبَهَ فَسَخَ النِّكَاحَ لِعَيْنِهِ أَوْ غُيْبِهِ . وَإِنْ طَلَّقَ الْمَوْلَى أَوْ الْحَاكِمُ ثَلَاثًا ، لَمْ
تُحِلَّ لَهُ إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ ثَانٍ وَإِصَابَةٍ وَنِكَاحٍ جَدِيدٍ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا طَلَّقَ ذُوْنَ
الثَّلَاثِ ، فَرَجَعَهَا فِي عِدَّتِهَا ، فَإِنَّ مُدَّةَ الْإِبْلَاءِ تَنْقَطِعُ بِالطَّلَاقِ ، وَلَا يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ بِمَا
قَبْلَ الرَّجْعَةِ مِنَ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مَمْنُوعَةً مِنْهُ ^(٦) بِغَيْرِ الْيَمِينِ ، فَانْقَطَعَتِ الْمُدَّةُ كَمَا لَوْ
كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا ، فَإِنْ رَاجَعَ ، اسْتَوْفِيَتْ الْمُدَّةُ مِنْ حِينَ رَجَعَهَا ، فَإِنْ كَانَ الْبَاقِي مِنْهَا أَقَلَّ
مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، سَقَطَ الْإِبْلَاءُ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْهَا تَرَبُّصْنَا بِهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، ثُمَّ وَقَفْنَا
لِغَيِّهِ أَوْ يُطَلَّقَ ، ثُمَّ يَكُونُ الْحُكْمُ هَهُنَا كَالْحُكْمِ فِي وَقْفِهِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ طَلَّقَ ، أَوْ طَلَّقَ
الْحَاكِمُ عَلَيْهِ وَاحِدَةً ، ثُمَّ رَاجَعَ ، وَقَدْ بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الْإِبْلَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، انْتَهَزْنَاهُ
أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ^(٧) ، ثُمَّ طَوَّلَبَ بِالْفَيْعَةِ أَوْ الطَّلَاقِ ، فَإِنْ طَلَّقَ ، فَقَدْ كَمَلَتِ الثَّلَاثُ ،
وَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَقْتَضِي مَذْهَبُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ حَامِدٍ ، أَنَّهُ إِذَا
طَلَّقَ اسْتَوْفِيَتْ الْمُدَّةُ ^(٨) الْأُخْرَى مِنْ حِينَ طَلَّقَ ، فَلَوْ ثُمَّتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ
الطَّلَاقِ ، وَقَفَ ثَانِيًا ، فَإِنْ فَاءَ ، وَإِلَّا أَمَرَ بِالطَّلَاقِ . وَنَحْوُ هَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَأَبِي
عُبَيْدٍ . وَإِنْ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ قَبْلَ مُدَّةِ الْإِبْلَاءِ ، بَائِنًا ، وَانْقَطَعَ الْإِبْلَاءُ ، فَإِنْ رَاجَعَ فِي
الْعِدَّةِ قَبْلَ مُدَّةِ الْإِبْلَاءِ ، تَرَبُّصَ بِهِ تَمَامَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ طَلَّقَ . وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ،
وَعَطَاءٍ ، وَالْحَسَنِ ، وَالتَّحِيصِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، أَنَّ الطَّلَاقَ يَهْدِمُ الْإِبْلَاءَ . وَهَذَا
يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَنَّهُ يَقْطَعُ مُدَّتَهُ ، فَلَا يُحْتَسَبُ بِمُدَّتِهِ قَبْلَ الرَّجْعَةِ ؛ فَيَكُونُ قَوْلُ

(٤-٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) سقط من : الأصل ، ب .

(٧) في ب : العدة .

الْخَرْقَى بِمِثْلِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ يُزِيلُ حُكْمَهُ بِالْكَلْبَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ رَوَاهَا حَقُّهَا بِالطَّلَاقِ ، فَسَقَطَ
حُكْمُ الْإِبْلَاءِ ، كَالْوَطْئِ . وَالْجَوَابُ عَنْ هَذَا ، أَنَّ حُكْمَ الْيَمِينِ بَاقٍ فِي الْمَنْعِ مِنْ
الْوَطْئِ ، فَيَتَنَبَّأُ الْإِبْلَاءُ ، كَالْوَطْئِ لَمْ يُطْلَقْ ، بِمَخْلَافِ الْفَيْتَةِ ، فَإِنَّهَا تَرْفَعُ الْيَمِينَ ، لِحُصُولِ
الْجَنَاحِ فِيهَا .

١٣٠٦ - مسألة : قال : (وَلَوْ وَقَعَتْهُ بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرَ ، فَقَالَ : قَدْ أَصَبْتُهَا .
فَبَانَ كَأَنَّهُ نِكَاحٌ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ)

وهذا قول الشافعي ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ ، وَالْمَرْأَةُ تُدْعَى مَا يَمْزُغُهُ بِهِ رَفْعُهُ ، وَهوَ
يُدْعَى مَا يُؤَافِقُ الْأَصْلَ ، وَيُتَقَبَّلُ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ . كَالْوَطْئِ أَدْعَى الْوَطْئَ فِي الْعَتَةِ ، وَلِأَنَّ هَذَا
أَمْرٌ / خَفِيُّ وَلَا يَعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ ، فَقَبِلَ قَوْلَهُ فِيهِ ، كَقَوْلِ الْمَرْأَةِ فِي حَيْضِهَا . وَلَمْزَمَهُ
الْيَمِينَ ؛ لِأَنَّ مَا تُدْعَى بِهِ الْمَرْأَةُ مُحْتَمِلٌ ، فَوَجِبَ تَقْبِيلُهُ بِالْيَمِينِ . وَنَصُّ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ
الْأَثَرِ ، عَلَى أَنَّهُ لَا يَمْزُغُ يَمِينَ ، لِأَنَّهُ لَا يُقْضَى فِيهِ بِالنُّكُولِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . فَأَمَّا
إِنْ كَانَتْ بِكَرًّا ، وَاخْتَلَفَا^(١) فِي الْإِصَابَةِ ، أَرَبَّتِ النِّسَاءُ الثَّقَابَ ، فَإِنْ شَهِدْنَ بِثُبُوتِهَا ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَإِنْ شَهِدْنَ بِنِكَاحِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَطَّأَهَا زَالَتْ بَكَارُهَا .
وظَاهِرُ قَوْلِ الْخَرْقَى ؛ أَنَّهُ لَا يَمِينُ هَهُنَا ؛ لِقَوْلِهِ فِي بَابِ الْعَيْنِ : فَإِنْ شَهِدْنَ بِمَا قَالَتْ ،
أَجَلَ سَنَةً . وَلَمْ يَذْكُرْ يَمِينَهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ تَشْهَدُهَا ، فَلَا تَجِبُ الْيَمِينُ
مَعَهَا .

٧٤/٨

فصل : ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها ، فادعى أنه أصابها ، وكذبته ، ثم
طلقها ، وأراد رجعتها ، كان القول قولها ، فتقبل قوله في الإصاية في الإبلاء ، ولا تقبله في
إثبات الرجعة له^(٢) ، وقد سبق تعليل ذلك في كتاب^(٣) الرجعة .

(١) في ١ ، ب : د أو اختلفا .

(٢) سقط من : ١ .

(٣) في الأصل ، ١ ، ب : د باب ١ . وقدم في : ١٠ / ٥٦٨ .

١٣٠٧ - مسألة : قال : (وَلَوْ آلَى مِنْهَا ، فَلَمْ يُعْرِضْهَا حَتَّى طَلَّقَهَا ، وَالْقَضْتُ عِدْلَهَا مِنْهُ ، ثُمَّ لَكَحَهَا ، وَقَدْ بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الْإِبْلَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، وَقَفَّ لَهَا ، كَمَا وَصَفْتُ)

وجملة الأمر أن المولى إذا أبان زوجته ، انقضت مدة الإبلاء ، بغير خلاف علمناه سواء بائت بفسخ ، أو طلاق ثلاث ، أو بخلع ، أو بالقبض عِدَّتِهَا مِنْ^(١) الطلاق الرجعي ؛ لأنها صارت أجنبية منه ، ولم يبقَ شيء من أحكام نكاحها . فإن عاذ فزوجها ، عاذ حكم الإبلاء من حين تزوجها ، واستوفيت المدة حينئذ ، فإن كان الباقي من مدة يمينه^(٢) أربعة أشهر فما دون ، لم يثبت حكم الإبلاء ؛ لأن مدة التريض أربعة أشهر ، وإن كان أكثر من أربعة أشهر ، تريض أربعة أشهر ، ثم وقف لها ، فإذا أن يقى ، أو يطلق ، وإن لم يطلق ، طلق الحاكم عليه . وهذا قول مالك . وقال أبو حنيفة : إن كان الطلاق أقل من ثلاث ، ثم تركها حتى انقضت عدتها ، ثم نكحها ، عاد الإبلاء ، وإن استوفى عدد الطلاق ، لم يعد الإبلاء ؛ لأن حكم النكاح الأول زال بالكسوة ، ولهذا ترجع إليه على طلاق ثلاث ، فصار لإبلاؤه في النكاح الأول كإبلاؤه من أجنبية . وقال أصحاب الشافعي : يتحصل من أقواله ثلاثة أقاويل ؛ قولان كالمذهبين ، وقول ثالث : لا يعود حكم الإبلاء بحال . وهو قول ابن المنذر ؛ لأنها صارت بحال لو آلى منها لم يصح إبلاؤه / ، فبطل حكم الإبلاء منها ، كالمطلقة ثلاثاً . ولنا ، أنه مُتَتَّبِعٌ مِنْ وَطْءِ امرأته يمين في حال نكاحها ، فثبت له حكم الإبلاء ، كما لو لم يطلق ، وفارق الإبلاء من الأجنبية ؛ فإنه لا يقصد باليمين عليها الإضرار بها ، بخلاف مسألتنا .

فصل : ولو آلى من امرأته الأمة ، ثم اشتراها ، ثم اعتقها ، وتزوجها ، عاذ

(١) في م نهضة : ١ : حين .

(٢) في ١ : الإبلاء .

الإيلاء . ولو كان المولى^(٣) عبداً ، فاشترته امرأته ، ثم أعقفته ، وتزوجته ، عاد الإيلاء . ولو بائت الزوجة بريرة ، أو إسلام من أحدهما أو غيره ، ثم تزوجها تزويجاً جديداً ، عاد الإيلاء ، وتستأنف المدة في جميع ذلك . وسواء عادت إليه بعد زوج ثانٍ أو قبله ؛ لأنَّ اليمين كانت منه في حال الزوجية ، فبقي حكمها ما وجدته الزوجية . وهكذا لو قال لزوجته : إن دخلت الدار فوالله لا جامعتك . ثم طلقها ، ثم نكحت غيره ، ثم تزوجها الأول ، عاد حكم الإيلاء ؛ لأنَّ الصفة المفقودة في حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية ، فإن دخلت الدار في حال البتنة ، ثم عاد فتزوجها ، لم يثبت حكم الإيلاء في حقها ؛ لأنَّ الصفة وجدت في حال كونها أجنبية ، ولا تنعقد الإيلاء بالحليف على الأجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته .

١٣٠٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ آلَى مِنْهَا ، وَاخْتَلَفَ فِي مُضِيِّ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي أَلْهَى لَمْ تَمُضِ مَعَ يَمِينِهِ)

إنما كان كذلك ؛ لأنَّ الاختلاف في مضى المدة يبنى على الخلاف في وقت يمينه ؛ فإيهما لو اتفقا على وقت^(١) اليمين ، حسب من ذلك الوقت ، فعلم هل انقضت المدة أو^(٢) لا . وزال الخلاف . أما إذا اختلفا في وقت اليمين ، فقال : حلفت في غرة رمضان . وقالت : بل حلفت في غرة شعبان . فالقول قوله ؛ لأنه صدر من جهته ، وهو أعلم به . فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في أصل الإيلاء ، ولأنَّ الأصل عدم الحليف في غرة شعبان ، فكان قوله في نفيه موافقاً للأصل . قال الخِرَقِيُّ : ويكون ذلك مع يمينه . وهو مذهب الشافعي . وذهب أبو بكر ، إلى أنه لا يمين عليه . قال القاضي : وهو أصح ؛ لأنه اختلاف في أحكام النكاح ، فلم تشرع فيه يمين ، كما لو ادعى زوجية امرأة

(٣) سقط من : ب .

(١) سقط من : أ ، ب ، م .

(٢) لى ب : د أ م .

فَأَكْثَرُهُ . وَوَجْهٌ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ » (٣) .
وَلَاكُنَّ حَتَّى لَا دَمِي يُجَوِّزُ بِذَلِكَ ، فَيُسْتَحْلَفُ فِيهِ ، كَالَّذِينَ .

٧٥٠/٨ / فصل : فَإِنْ تَرَكَ الْوُطْءَ بِغَيْرِ يَمِينٍ ، لَمْ يَكُنْ مُؤَيَّنًا ؛ لِأَنَّ الْإِبْلَاءَ الْحَلْفَ . وَلَكِنْ إِنْ
تَرَكَ ذَلِكَ لِمُذْنِرٍ مِنْ مَرْضٍ ، أَوْ غَيْبَةٍ ، وَغَوَّه ، لَمْ تُضْرَبْ لَهُ مُدَّةٌ ، وَإِنْ تَرَكَ مُضْطَرًّا بِهَا ،
فَهَلْ تُضْرَبُ لَهُ مُدَّةٌ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُضْرَبُ لَهُ مُدَّةٌ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ، فَإِنْ
وَطَّعَهَا ، وَالْأُخْرَى بَعْدَهَا إِلَى الْوُطْءِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْهُ ، أُمِرَ بِالطَّلَاقِ ، كَمَا يُفْعَلُ (٤) فِي
الْإِبْلَاءِ ، سِوَاةً ؛ لِأَنَّهُ أَضْرَبُ بِهَا بِتَرَكَ الْوُطْءِ فِي مُدَّةِ الْإِبْلَاءِ ، فَيَلْزَمُ حُكْمُهُ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ ،
وَلِأَنَّ مَا وَجَبَ أَدَاؤُهُ إِذَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِهِ ، وَجَبَ أَدَاؤُهُ إِذَا لَمْ يَحْلِفْ ، كَالْتَقَفَةِ وَسَائِرِ
الْوَاجِبَاتِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْيَمِينَ لَا تُجْعَلُ غَيْرَ الْوَاجِبِ وَاجِبًا إِذَا أَقْسَمَ عَلَى تَرْكِهِ ، فَوُجُوبُهُ
مَعَهَا يَدُلُّ عَلَى وَجُوبِهِ قَبْلَهَا ، وَلِأَنَّ وَجُوبَهُ فِي الْإِبْلَاءِ إِنَّمَا كَانَ لِدَفْعِ (٥) حَاجَةِ الْمَرْأَةِ ، وَإِزَالَةِ
الضَّرَرِ عَنْهَا ، وَضَرَرُهَا لَا يَحْتَلِفُ بِالْإِبْلَاءِ وَعَدَمِهِ ، فَلَا يَحْتَلِفُ الْوُجُوبُ . فَإِنْ قِيلَ :
فَلَا يَتَقَيُّ لِلْإِبْلَاءِ أَثَرٌ ، فَلِمَ أَفْرَدْتُمْ (٦) لَهُ بَابًا ؟ قُلْنَا : بَلْ لَمْ أَثَرٌ ؛ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى قَصْدِ
الْإِضْرَارِ ، فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ مِنْهُ قَصْدُ الْإِضْرَارِ ، انْكَفَى بِدَلَالَتِهِ ، وَإِذَا لَمْ
تُوجَدْ الْيَمِينُ ، اخْتَجْنَا إِلَى دَلِيلٍ سِوَاهُ يَدُلُّ عَلَى الْمُضَارَّةِ ، فَيُعْتَبَرُ الْإِبْلَاءُ لِدَلَالَتِهِ عَلَى
الْمُقْتَضَى لَا لِعَيْنِهِ . وَالثَّانِيَّةُ ، لَا تُضْرَبُ لَهُ مُدَّةٌ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛
لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْجِبٍ ، فَلَمْ تُضْرَبْ لَهُ مُدَّةٌ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَقْصِدِ الْإِضْرَارَ ، وَلِأَنَّ تَعْلِيْقَ الْحُكْمِ
بِالْإِبْلَاءِ يَدُلُّ عَلَى اتِّفَاقِهِ عِنْدَ عَدَمِهِ ، إِذْ لَوْ ثَبَّتَ هَذَا الْحُكْمَ بِدُونِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَثَرٌ . وَاللَّهُ
أَعْلَمُ .

(٣) تقدم غريبه في : ٦ / ٥٢٥ .

(٤) في ١ : يؤمر .

(٥) في ٢ : للنازع .

(٦) في ٣ : أفرد .

كتاب الظهار

الظهار : مُشْتَقٌّ مِنَ الظَّهْرِ ، وَإِنَّمَا عَصِمُوا الظَّهْرَ بِذَلِكَ مِنْ بَيْنِ سَائِرِ الْأَعْضَاءِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَرْكُوبٍ يُسَمَّى ظَهْرًا ، لِحَصُولِ الرُّكُوبِ عَلَى ظَهْرِهِ فِي الْأَغْلَبِ ، فَشَبَّهُوا الزَّوْجَةَ بِذَلِكَ . وَهُوَ مُحَرَّمٌ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ ^(١) . وَمَعْنَاهُ أَنَّ الزَّوْجَةَ لَيْسَتْ كَالْأُمِّ فِي التَّحْرِيمِ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ مَا مِنْ أُمَّهَاتِهِمْ ﴾ ^(٢) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ الَّتِي تَظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ ﴾ ^(٣) . وَالْأَصْلُ فِي الظَّهَارِ الْكِتَابُ وَالسَّنَةُ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ الَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ ﴾ ^(٤) . وَالْآيَةُ الَّتِي يَتَّبِعُهَا . وَأَمَّا / السَّنَةُ ؛ فَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٥) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ خُوَيْلَةَ بِنْتِ مَالِكٍ بِنِ ثَعْلَبَةَ ، قَالَتْ : ظَاهَرْتُ مِنْهُ أَسْرُ بِنَ الصَّامِتِ ، فَجِئْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَشْكُو ، وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُجَادِلُنِي فِيهِ ، وَيَقُولُ : « أَتَيْتُ اللَّهَ ؛ فَإِنَّهُ ابْنُ عَمَلِكِ » . فَمَا يَرْحُحْ حَتَّى نَزَلَ الْقُرْآنُ : ﴿ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا ﴾ ^(٦) . فَقَالَ : « يَغْنِقُ رَقَبَةً » . فَقُلْتُ : لَا يَجِدُ . قَالَ : « فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ » . فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهُ شَيْخٌ كَبِيرٌ ، مَا بِهِ مِنْ صِيَامٍ . قَالَ : « فَلْيُطْعَمَ سَتَيْنِ مَسْكِينًا » . قُلْتُ : مَا عِنْدَهُ مِنْ شَيْءٍ يَتَصَدَّقُ بِهِ .

٧٥/٨ ظ

(١) سورة المائدة ٢ .

(٢) سورة الأحزاب ٤ .

(٣) في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٣/١ ، ٥١٤ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤١٠/٦ ، ٤١١ .

(٤) في النسخ : « تظاهروا » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) سورة المائدة ١ .

(٧) في ١ ، ب ، م : « وقالت » .

قال : « فإني ^(٨) سأعيته بعرق من تمر » . فقلت : يا رسول الله ، فإني أعيته بعرق آخر . قال : « قد أحسنيت ، اذهبي فأطعمي عنه سيتين مسكينا ، وارجمي إلى ابن عمك » . قال الأصمعي : العرق ، بفتح العين والراء : هو ما سَفَّ ^(٩) من نحوص ، كالزبيب الكبير . ورَوَى أيضا ^(١٠) ، بإسناده عن سليمان بن يسار ، عن سلمة بن صخر البياضي ، قال : كنت أصيب من النساء ما لا يصيب غيرة ، فلما دخل شهر رمضان ، خفت أن أصيب من امرأتين شيئا يتابع ^(١١) حتى أصبح ، فظاهرت منها حتى يتسليخ شهر رمضان ، فبينما هي تخدمني ذات ليلة ، إذ فكشف لي منها شيء ، فلم ألبث أن تزوت عليها ، فلما أصبحت خرجت إلى قومي ، فأخبرتهم الخبر ، وقلت : امشوا معي إلى رسول الله ﷺ . قالوا : لا والله . فأنطلقت إلى النبي ﷺ ، فأخبرته الخبر ، فقال : « أنت بذلك يأسمة ؟ » ^(١٢) . فقلت : أنا بذلك يا رسول الله ، وأنا صابرة لحكم الله ، فأحكم في ما أراك الله . قال : « حرر رقبة » . قلت : والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها . وضربت صمحة رقتي . قال : « فصم شهرين متتابعين » . قلت : وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام ؟ قال : « فأطعم وسقا من تمر بين سيتين مسكينا » . قلت : والذي بعثك بالحق ، لقد يتنا وحشتين ^(١٣) ، ما لنا طعام . قال : « فأنطلق إلى صاحب صدقة نبي زنتي ، فلينفعها إليك » . قال : « فأطعم

(٨) في الأصل : « وأنا » .

(٩) سَفَّ : أي لسيج .

(١٠) في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٣/١ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ومن سورة المجادلة ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١٨٥/١٢ ، ١٨٦ . والدارمي ، في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن الباقى ١٦٣/٢ ، ١٦٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٧/٤ . وانظره في ٣٨٢/٤ .

(١١) التابع : الوقوع في الشر من غير فكرة ورجوة .

(١٢) أي : أنت السليم بذلك ، أو أنت المرتكب له ؟

(١٣) يقال : رجل وحش . إذا كان جالما ، لا طعام له .

سَيِّئِينَ مَسْكِينًا وَنَسَقًا مِنْ تَغْرِ ، وَكُلُّ أَنْتَ وَعِيَالُكَ بِقِيَّتِهَا ، . فَرَجَعْتُ إِلَى قَوْمِي ، فَقُلْتُ : وَجَدْتُ عِنْدَكُمْ الضَّيْقَ وَسُوءَ الرَّأْيِ ، وَوَجَدْتُ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ السَّعَةَ وَحُسْنَ الرَّأْيِ ، وَقَدْ أَمَرَ لِي بِصَدَقَتِكُمْ .

فصل : وكلُّ زَوْجٍ صَحَّ طَلَاقُهُ صَحَّ ظَهَارُهُ ، وهو البالغُ العاقلُ ، سواءً كان مسلماً أو كافراً ، حرّاً أو عبداً . / قال أبو بكرٍ : وظَهَارُ السُّكْرَانِ مَبْنِيٌّ عَلَى طَلَاقِهِ . قال القاضي : وكذلك ظَهَارُ الصَّبِيِّ مَبْنِيٌّ عَلَى طَلَاقِهِ . والصَّحِيحُ أَنَّ ظَهَارَ الصَّبِيِّ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ مُوجِبَةٌ لِلْكَفَّارَةِ ، فلمْ تُنْعَقْ مِنْهُ ، كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى ، وَلِأَنَّ الْكَفَّارَةَ وَجَبَتْ لَهَا فِيهِ مِنْ قَوْلِ الْمُتَكَبِّرِ وَالزُّورِ ، وَذَلِكَ مَرْفُوعٌ عَنِ الصَّبِيِّ ؛ لَكُنَّ الْقَلَمُ مَرْفُوعًا عَنْهُ . وَقَدْ قِيلَ : لَا يَصِحُّ ظَهَارُ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ^(١٤) . وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ الرِّقَابَ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْآيَةِ ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ طَلَاقُهُ ، فَصَحَّ ظَهَارُهُ ، كَالْحُرِّ . فَأَمَّا إِجْبَابُ الرَّقِيَّةِ ، فَإِنَّمَا هُوَ عَلَى مَنْ يَجِدُهَا ، وَلَا يَتَقَى الظُّهَارُ فِي حَقِّ مَنْ لَا يَجِدُهَا ، كَالْمُعْسِرِ ، فَرَضَهُ الصِّيَامُ . وَيَصِحُّ ظَهَارُ الذَّمِّيِّ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ لَا تُصَحُّ مِنْهُ ، وَهِيَ الرَّاغِبَةُ لِلتَّحْرِيمِ ، فَلَا يَصِحُّ مِنْهُ التَّحْرِيمُ ، وَدَلِيلُ أَنَّ الْكَفَّارَةَ لَا تُصَحُّ مِنْهُ ، أَنَّهَا عِبَادَةٌ تَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ ، فَلَا تُصَحُّ مِنْهُ ، كَسَائِرِ الْعِبَادَاتِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ صَحَّ طَلَاقُهُ صَحَّ ظَهَارُهُ ، كَالْمُسْلِمِ . فَأَمَّا مَا ذَكَرُوهُ فَيُطْلَى بِكَفَّارَةِ الصَّيْدِ إِذَا قُتِلَ فِي الْحَرَمِ ، وَكَذَلِكَ الْحَدُّ يُقَامُ عَلَيْهِ . وَلَا نَسْلُمُ أَنَّ التَّكْفِيرَ لَا يَصِحُّ مِنْهُ ؛ فَإِنَّهُ يَصِحُّ مِنْهُ الْعِتْقُ وَالْإِطْعَامُ ، وَإِنَّمَا لَا يَصِحُّ مِنْهُ الصَّوْمُ ^(١٥) ، فَلَا تَمْتَنِعُ صِحَّةُ الظُّهَارِ بِامْتِنَاعِ بَعْضِ أَنْوَاعِ الْكَفَّارَةِ ، كَمَا فِي حَقِّ الْعَبْدِ . وَالنِّيَّةُ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ لِتَعْيِينِ الْفِعْلِ لِلْكَفَّارَةِ ، فَلَا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ فِي حَقِّ الْكَافِرِ ، كَالنِّيَّةِ فِي كِتَابَاتِ الطَّلَاقِ . وَمَنْ يُحْتَقِّقُ ^(١٦) فِي الْأَخْيَانِ ، يَصِحُّ ظَهَارُهُ فِي إِفَاقَتِهِ ، كَمَا يَصِحُّ طَلَاقُهُ فِيهِ .

(١٤) سورة المجادلة ٣ .

(١٥) في ١ ، ب : « الصيام » .

(١٦) الخناق : داء ينتج معه نفوذ النفس إلى الرقة والقلب .

فصل : وَمَنْ لَا يَصِحُّ طَلَاؤُهُ لَا يَصِحُّ ظَهَارُهُ ، كَالطِّفْلِ ، وَالزَّائِلِ الْعَقْلِ بِجُنُونٍ ، أَوْ إغمَاءٍ ، أَوْ نَوْمٍ ، أَوْ غَيْرِهِ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا يَصِحُّ ظَهَارُ الْمُكْرَهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُثَنِّبِ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ : يَصِحُّ ظَهَارُهُ . وَالْخِلَافُ فِي ذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي صِحَّةِ طَلَاؤِهِ . وَقَدْ مَضَى ذَلِكَ ^(١٧) .

فصل : وَيَصِحُّ الظَّهَارُ مِنْ كُلِّ زَوْجَةٍ ، كَبِيرَةٍ كَانَتْ أَوْ صَغِيرَةٍ ، مُسَلِّمَةٍ كَانَتْ أَوْ ذِمِّيَّةً ، مُمَكِّنًا وَطُوعًا أَوْ غَيْرَ مُمَكِّنٍ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : لَا يَصِحُّ الظَّهَارُ مِنَ الْبَنَاتِ لَا يُمَكِّنُ وَطُوعًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ وَطُوعًا ، وَالظَّهَارُ لِتَحْرِيمٍ وَطُوعًا . وَلَنَا ، غُمُومُ الْآيَةِ ، وَلَأَنَّهُمَا زَوْجَةٌ يَصِحُّ طَلَاؤُهَا ^(١٨) ، فَصَحَّ الظَّهَارُ مِنْهَا ، كَغَيْرِهَا .

٥٧٦/٨ ط

١٣٠٩ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا قَالَ لِرَّوْجِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي / ، أَوْ كَظْهَرِ امْرَأَةِ أَجْنَبِيَّةٍ ، أَوْ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ . أَوْ حَرَّمَ عُضْوًا مِنْ أَعْضَائِهَا ، فَلَا يَطْأُهَا حَتَّى يَأْتِيَ بِالْكَفَّارَةِ)
فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فصولٌ خَمْسَةٌ :

أحدها : أَنَّهُ مَنِ شَبَّهَ امْرَأَتَهُ بِمَنْ تَحْرُمُ عَلَيْهِ عَلَى الثَّابِتِ ، فَقَالَ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي ، أَوْ أُخْتِي ، أَوْ غَيْرِهَا . فَهُوَ مُظَاهِرٌ . وَهَذَا ^(١) عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرَابٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَقُولَ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . فَهَذَا ظَهَارٌ لِجَمَاعًا . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّبِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ تَصْرِيحَ الظَّهَارِ أَنْ يَقُولَ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . وَفِي حَدِيثِ خُوَيْلَةَ امْرَأَةِ أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ ، أَنَّهُ قَالَ لَهَا : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . فَذَكَرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَمَرَهُ بِالْكَفَّارَةِ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، أَنْ يُشَبَّهَهَا بِظْهَرِ مَنْ تَحْرُمُ عَلَيْهِ مِنْ ذَوِي رَجَمِهِ ، كَجَدِّتِهِ

(١٧) تقدم في ٣٥٠/١٠ ، ٣٥١ .

(١٨) في ١ : طلاقه .

(١) في م : وهذا .

وعَمَّتِهِ وَخَالَتِهِ وَأُخْتِهِ . فهذا ظَهَارٌ في قول أكثر أهل العلم ؛ منهم الحسن ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، والأوزاعي ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو عُبَيْد ، وأبو ثَوْر ، وأصحاب الرأي . وهو جديدٌ قَوْلِي ^(٢) الشَّافِعِيُّ . وقال في القديم : لا يكون الظَّهَارُ إِلَّا بِأُمٍّ أَوْ جَدَّةٍ ؛ لأنها أُمٌّ أَيْضًا ، لِأَنَّ اللَّفْظَ الَّذِي وَرَدَ بِهِ الْقُرْآنُ مُحْتَصَرٌّ بِالْأُمِّ ، فَإِذَا عُدِّلَ عَنْهُ ، لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ مَا أَوْجَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمْ مُخَرَّمَاتُ بِالْقَرَابَةِ ، فَأَشَبَّهْنَ الْأُمَّ . فَأَمَّا الْآيَةُ فَقَدْ قَالَ فِيهَا : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ ^(٣) . وهذا موجودٌ في مَسَائِلِنَا ، فَجَرَى مَجْرَاهُ . وتعليلُ الحكمِ بِالْأُمِّ لَا يَمْتَنِعُ ثُبُوتُ الْحُكْمِ فِي غَيْرِهَا إِذَا كَانَتْ مِثْلَهَا . الضَّرْبُ الثَّالِثُ ، أَنْ يُشَبَّهَهَا بِظَهَرٍ مِنْ تَحَرُّمٍ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ سِوَى الْأَقَارِبِ ، كَالْأُمَمَاتِ الْمُرْضِعَاتِ ، وَالْأَخَوَاتِ ^(٤) مِنْ الرِّضَاعَةِ ، وَحَلَائِلِ الْآبَاءِ وَالْأَبْنَاءِ ، وَالْمَهَاتِ النِّسَاءِ ، وَالرَّبَائِبِ اللَّائِي دَخَلَ بِأُمِّهِنَّ ، فَهُوَ ظَهَارٌ أَيْضًا . وَالْخِلَافُ فِيهَا كَأَنَّ قَلْبَهَا . وَوَجْهُ الْمَذْهَبَيْنِ مَا تَقَدَّمَ ، وَيَزِيدُ ^(٥) فِي الْأُمَمَاتِ ^(٥) الْمُرْضِعَاتِ دُخُولُهَا فِي عُمُومِ الْأُمَمَاتِ ، فَتَكُونُ دَاخِلَةً فِي النَّصِّ ، وَسَائِرُهُنَّ فِي مَعْنَاهَا ، فَيُثَبَّتُ ^(٦) فِيهِنَّ حُكْمُهَا .

الفصل الثاني : إِذَا شَبَّهَهَا بِظَهَرٍ مِنْ تَحَرُّمٍ عَلَيْهِ تَحَرُّمًا مُؤَقَّتًا ؛ كَأَخْتِ امْرَأَتِهِ ، وَعَمَّتِهَا ، أَوْ الْأُجْنَبِيَّةِ ^(٧) . فَقَدْ أَحْمَدُ فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهُ ظَهَارٌ . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ وَقَوْلُ أَصْحَابِ مَالِكٍ . وَالثَّانِيَّةُ ، لَيْسَ بِظَهَارٍ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُحَرَّمَةٍ عَلَى التَّأْيِيدِ ، فَلَا يَكُونُ التَّشْبِيهُ بِهَا ظَهَارًا ، كَالْحَالِضِ ، وَالْمُحَرَّمَةِ مِنْ نِسَائِهِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ شَبَّهَهَا بِمُحَرَّمَةٍ / ، فَأَشَبَّ مَا لَوْ شَبَّهَهَا بِالْأُمِّ ، وَلَئِنْ مُجَرَّدَ قَوْلِهِ :

٧٧/٨

(٢) في ب : قول .

(٣) سورة المجادلة ٢ .

(٤) في م : والأخوال .

(٥-٥) في الأصل : : بالأمهات .

(٦) في ب ، م : ثبت .

(٧) في الأصل : : والأجنية .

أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ . ظَهَارٌ إِذَا تَوَيَّ بِهِ الظَّهَارُ ، وَالتَّشْبِيهُ بِالْمُحَرَّمَةِ تَحْرِيمٌ ، فَكَانَ ظَهَارًا ، فَأَمَّا الْحَائِضُ فَبِإِحْاطَةِ الْاِسْتِمْتَاعِ بِهَا فِي غَيْرِ الْفَرْجِ ، وَالْمُحَرَّمَةُ يُجَلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا ، وَلَمَسُهَا بِغَيْرِ^(٨) شَهْوَةٍ ، وَلَيْسَ فِي وَطْئِهِ وَاجِدَةٌ مِنْهُمَا^(٩) حَدٌّ ، بِخِلَافِ مَسَاكِنَا . وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ أَنَّ الظَّهَارَ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْ ذَوَاتِ الْمَحَارِمِ^(١٠) مِنَ النِّسَاءِ ، لَا مِنَ الرِّجَالِ^(١١) . قَالَ : فِيهِذَا أَقُولُ .

فصل : وَإِنْ شَبَّهَهَا بِظَهْرِ أَبِيهِ ، أَوْ^(١٢) بِظَهْرِ غَيْرِهِ^(١٣) مِنَ الرِّجَالِ ، أَوْ قَالَ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ الْبَيْعَةِ . أَوْ : أَنْتِ عَلَيَّ كَالْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ . فَقِي ذَلِكَ كُلُّهُ رَوَاتَانِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، أَنَّهُ ظَهَارٌ . قَالَ الْمَيْمُونِيُّ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ : إِنْ ظَاهَرَ مِنْ ظَهْرِ الرَّجُلِ ؟ قَالَ : فَظَهَرُ الرَّجُلِ حَرَامٌ ، يَكُونُ ظَهَارًا . وَهَذَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ صَاحِبُ مَالِكٍ ، فِيمَا إِذَا قَالَ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَيْسَ بِظَهَارٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْعُلَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ تَشْبِيهُ بِمَا لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْاِسْتِمْتَاعِ ، أَشَبَّهُهُ مَالُو قَالَ : أَنْتِ عَلَيَّ كَالِ ابْنَةِ زَيْدٍ . وَهَلْ فِيهِ كَثْرَةٌ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، فِيهِ كَفَّارَةٌ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ تَحْرِيْمٌ ، فَأَشَبَّهُهُ مَالُو حَرَمَ مَالِهِ . وَالثَّانِيَّةُ ، لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ . نَقَلَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ شَبَّهَ امْرَأَتَهُ بِظَهْرِ الرَّجُلِ : لَا يَكُونُ ظَهَارًا . وَلَمْ أَرَهُ يُلْزِمُهُ فِيهِ شَيْءٌ^(١٤) ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ تَشْبِيهُ لِامْرَأَتِهِ بِمَا لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْاِسْتِمْتَاعِ ، أَشَبَّهُهُ التَّشْبِيهُ بِمَالٍ غَيْرِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ^(١٥) فِي قَوْلِهِ^(١٦) : أَنْتِ عَلَيَّ كَالْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ : إِنْ تَوَيَّ بِهِ الطَّلَاقُ كَانَ طَلَاقًا ، وَإِنْ تَوَيَّ الظَّهَارَ كَانَ ظَهَارًا ، وَإِنْ تَوَيَّ الْيَمِينَ كَانَ يَمِينًا ، وَإِنْ لَمْ يَتَوَيَّ شَيْئًا فَقِيهِ رَوَاتَانِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، هُوَ ظَهَارٌ . وَالْأُخْرَى ، هُوَ يَمِينٌ . وَلَمْ يَتَحَقَّقْ عِنْدِي مَعْنَى إِرَادَةِ^(١٧) الظَّهَارِ وَالْيَمِينَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٨) ق م : م : من غير .

(٩) ق ب ، م : م : منها .

(١٠-١١) ق ١ : فقال : لا من الرجال . ق ب ، م : من النساء . وسقط : لا من الرجال .

(١١-١٢) ق م : م : بظهوره .

(١٢) ق م : م : شيء .

(١٣-١٤) سقط من الأصل .

(١٤) ق م : م : إرادته .

فصل : فإن قال : أنت عدي ، أو متي ، أو معي ، كظهر أمي . كان ظهارة بمنزلة علي ؛ لأن هذه الألفاظ في معناه . وإن قال : جُمِلْتُكَ ، ^(١٥) أو بدلتك ^(١٦) ، أو جسمك ، أو ذائك ، أو كللك علي كظهر أمي . كان ظهارة ؛ لأنه أشار إليها . فهو كقوله : أنت . وإن قال : أنت كظهر أمي . كان ظهارة ؛ لأنه أئى بما يقتضي تحريمها عليه فأنصرف الحكم إليه ، كما لو قال : أنت طالق . وقال بعض الشافعية : ليس بظهار ؛ لأنه فيه ما يدل على أن ذلك في حقه . وليس بصحيح ، فإنها إذا كانت كظهر / أمه ، ^(١٧) فظهر أمه ^(١٨) ، مُحَرَّم عليه .

فصل : وإن قال : أنت علي كأمي . أو : مثل أمي . ونوى به الظهار ، فهو ظهار ، في قول عامة العلماء ؛ منهم أبو حنيفة ، وصاحبه ، والشافعي ، وإسحاق . وإن نوى به الكرامة والتوقير ، أو أنها مثلها في الكبر ، أو الصفة ، فليس بظهار . والقول قوله في نيته . وإن أطلق ، فقال أبو بكر : هو صريح في الظهار . وهو قول مالك ، ومحمد ابن الحسن . وقال ابن أبي موسى : فيه روايتان ، أظهرهما أنه ليس بظهار حتى يتوهم . وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي ؛ لأن هذا اللفظ يستعمل في الكرامة أكثر مما يستعمل في التحريم ، فلم ينصرف إليه بغير نية ، ككنايات الطلاق . ووجه الأول أنه شبه امرأته بجُمْلَةِ أمه ، فكان مُشَبَّهًا لها بظهرها ، فثبت الظهار كما لو شَبَّهها به مُنفَرِدًا . والذي يصح عندى في ^(١٩) قياس المذهب ، أنه إن وُجِدَتْ قرينة تدل على الظهار ، مثل أن يُخْرِجَه مَخْرَجَ الحليف ، فيقول : إن فعلت كذا فأنت علي مثل أمي . أو قال ذلك حال الخصومة والغضب ، فهو ظهار ؛ لأنه إذا أُخْرِجَه ^(٢٠) مَخْرَجَ الحليف ، فالخلف يراؤ للامتناع من شيء ، أو الحث عليه ، وإنما يحصل ذلك بتحريمها عليه ، ولأن كونها مثل أمه في صفتها

(١٥) - (١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) ف : م : ١ : خرج .

أو كرامتها . لا يتعلق على شرط ، فبدل^(١٨) على أنه إنما أراد الظهار ، ووقوع ذلك في حال الخصومة والغضب ، دليل على أنه أراد به ما يتعلق بأذاها ، ويوجب اجتنابها ، وهو الظهار . وإن عُدَّ هذا فليس بظهار ؛ لأنه مُحْتَمِلٌ لغير الظهار احتمالاً كثيراً ، فلا يَتَعَيَّنُ الظهار فيه بغير دليل . ونحو هذا قول أبي ثور . وهكذا قال : أنت على كائني ، أو : مثل أمي . أو قال : أنت أمي ، أو : امرأتى أمي . مع الدليل الصارف له إلى الظهار ، كان ظهاراً ؛ لما بينه ، أو ما يقوم مقامها . وإن قال : أمي امرأتى . أو : مثل امرأتى . لم يكن ظهاراً ؛ لأنه تشبيه لأمه ، ووصف لها ، وليس بوصف لامراته .

الفصل الثالث : أنه إذا قال : أنت على حرام . فإن نوى به الظهار ، فهو ظهار ، في قول عامتهم . وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعي . وإن نوى به الطلاق ، فقد ذكرناه في باب الطلاق^(١٩) ، وإن أطلق فقيه روايتان ؛ إحداهما ، هو ظهار . ذكره الخرقي في موضع آخر . ونص عليه أحمد ، في رواية جماعة من أصحابه . وذكره إبراهيم الخليلي ، عن عثمان ، وابن عباس ، وأبي قلابة ، وسعيد بن جبيرة ، وميمون بن مهران ، والبتلي ، / أنهم قالوا : الحرام ظهار . وروى عن أحمد ما يدل على أن التحريم يمين . وروى عن ابن عباس ، أنه قال : إن التحريم يمين في كتاب الله عز وجل ، قال الله عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ﴾ ثم قال : ﴿ قَدْ قَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ﴾^(٢٠) .

وأكثر الفقهاء على أن التحريم إذا لم ينو به الظهار ، ليس بظهار . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ، والشافعي . ووجه ذلك الآية المذكورة ، وأن التحريم يتنوع ، منه ما هو بظهار وبتلاقي وبحضي وإخراج^(٢١) وصيام ، فلا يكون التحريم صريحاً في واحد منها ، ولا

(١٨) في ١ ، ب : ٥ بدل ٤ .

(١٩) تقدم في : ٣٩٧/١٠ .

(٢٠) سورة التحريم ١ ، ٢ .

وانظر ما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره . سنن الدارقطني ٤٠/٤ . وانظر أيضاً ما

تقدم في : ٣٩٨/١٠ .

(٢١) م : ٥ وإخراج ٤ .

يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ بِغَيْرِ نِيَّةٍ^(٢٢)، كما لا ينصرف إلى تحريم الطلاق . وَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ تَحْرِيمٌ أَوْقَعَهُ فِي امْرَأَتِهِ ، فَكَانَ بِإِطْلَاقِهِ ظَهَارًا ، كَتَشْبِيْهِهَا بِظَهْرِ أُمِّهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ التَّحْرِيمَ يَتَّبَعُ . قُلْنَا : إِلَّا أَنْ تَكُنَّ الْأَنْوَاعُ مُتَّفِقَةً ، وَلَا يَحْصُلُ بِقَوْلِهِ مِنْهَا إِلَّا الطَّلَاقُ ، وَهَذَا أَوَّلَى مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَبَيِّنُ بِهِ الْمَرْأَةَ ، وَهَذَا يُحَرِّمُهَا مَعَ بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ ، فَكَانَ أَذْنَى التَّحْرِيمَيْنِ ، فَكَانَ أَوَّلَى . فَأَمَّا إِنْ قَالَ ذَلِكَ لِمُحَرِّمَةٍ عَلَيْهِ بِخَيْضٍ أَوْ نُحُوهِ ، وَقَصَدَ الظَّهَارَ ، فَهُوَ ظَهَارٌ ، وَإِنْ قَصَدَ أَنَّهَا مُحَرِّمَةٌ عَلَيْهِ بِذَلِكَ السَّبَبِ ، فَلَا شَيْءَ فِيهِ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، فَلَيْسَ بِظَهَارٍ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ الْجَبَرُ عَنْ حَالِهَا ، وَيَخْتَلِفُ إِنْشَاءُ التَّحْرِيمِ فِيهَا بِالظَّهَارِ ، فَلَا يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ تَعْيِينٍ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : الْجِلُّ عَلَى حَرَامٍ . أَوْ : مَا أَحَلَّ اللَّهُ عَلَى حَرَامٍ . أَوْ : مَا أَثْقَلْتُ إِلَيْهِ حَرَامٍ . وَلَهُ امْرَأَةٌ ، فَهُوَ مَظَاهِيرٌ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الصُّوَرِ الثَّلَاثِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ لَفْظَهُ يَقْتَضِي الْعُمُومَ ، فَيَتَنَاوَلُ الْمَرْأَةَ بِعُمُومِهِ . وَإِنْ صَرَّحَ بِتَحْرِيمِ الْمَرْأَةِ ، أَوْ نَوَّاهَا ، فَهُوَ آكُذُ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ قَالَ : مَا أَحَلَّ اللَّهُ عَلَى حَرَامٍ ؛ مِنْ أَهْلِ ، وَمَالٍ : عَلَيْهِ كَفَّارَةُ الظَّهَارِ ، هُوَ يَمِينٌ . وَتُجْزِئُهُ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ هَذَا . وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ كَفَّارَتَانِ لِلظَّهَارِ وَتَحْرِيمِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ تَنَاوَلَهُمَا ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَوْ الْفَرْدَ أَوْجَبَ كَفَّارَةً ، فَكَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَا . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا يَمِينٌ وَاحِدَةٌ فَلَا تُوجِبُ كَفَّارَتَيْنِ ، كَالْوُظَّاهَرِ مِنْ امْرَأَتَيْنِ ، أَوْ حَرَمٍ مِنْ مَالِهِ شَيْئَيْنِ . وَمَا ذَكَرَهُ يَنْتَقِضُ بِهَذَا . وَفِي قَوْلِ أَحْمَدَ : هُوَ يَمِينٌ . إِمَّا شَرَحَ إِلَى التَّعْلِيلِ بِمَا ذَكَرْنَاهُ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ الْوَاحِدَةَ لَا تُوجِبُ أَكْثَرَ مِنْ كَفَّارَةٍ . وَإِنْ نَوَى بِقَوْلِهِ : مَا أَحَلَّ اللَّهُ عَلَى حَرَامٍ . وَغَيْرِهِ مِنْ لَفْظَاتِ الْعُمُومِ الْمَالُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا كَفَّارَةٌ يَمِينٌ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ الْعَامَّ يَجُوزُ اسْتِعْمَالُهُ فِي الْخَاصِّ . وَعَلَى الرُّوَايَةِ الْأُخْرَى الَّتِي تَقُولُ : إِنَّ الْجَرَامَ بِإِطْلَاقِهِ / لَيْسَ بِظَهَارٍ . لَا يَكُونُ هُنَا مَظَاهِيرًا ، إِلَّا أَنْ يَتَرَى الظَّهَارَ .

ط ٧٨/٨

فصل : وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ عَلَى كَظْهِرٍ أُمِّي حَرَامٌ . فَهُوَ صَرِيحٌ فِي الظَّهَارِ ، لَا يَنْصَرِفُ إِلَى غَيْرِهِ ، سِوَاءَ تَرَى الطَّلَاقَ أَوْ لَمْ يَتَوَّه . وَلَيْسَ فِيهِ اخْتِلَافٌ بِحَمْدِ اللَّهِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالظَّهَارِ ، وَبَيَّنَّهَ بِقَوْلِهِ : حَرَامٌ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ عَلَى حَرَامٍ^(٢٣) كَظْهِرٍ أُمِّي . أَوْ :

(٢٢) فِي م : هَذِهِ النِّبَةُ .

(٢٣) مَقْطَعٌ مِنْ : ب .

كأُمِّي . فكَذَلِكَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَهُوَ أَخَذَ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَالْقَوْلُ الثَّانِي ، إِذَا تَوَيَّ
الطَّلَاقُ فَهُوَ طَلَاقٌ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسُفَ وَعَمِيدٍ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا يَوْسُفَ قَالَ : لَا أَقْبَلُ قَوْلَهُ فِي
نَفْيِ الظَّهَارِ . وَوَجْهُ قَوْلِهِمْ ، أَنَّ قَوْلَهُ : أَنْتَ عَلَى حَرَامٍ . إِذَا تَوَيَّ بِهِ الطَّلَاقُ فَهُوَ طَلَاقٌ ،
وَنَهَادَةُ قَوْلِهِ : كَظْهَرِ أُمِّي . بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَتَنَبَّى الطَّلَاقُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ كَظْهَرِ
أُمِّي . وَلَنَا ، أَنَّهُ أُنْثَى بِصَرِيحِ الظَّهَارِ ، فَلَمْ يَكُنْ طَلَاقًا ، كَالَّتِي قَبْلَهَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ
التَّحْرِيمَ مَعَ نِيَّةِ الطَّلَاقِ طَلَاقٌ . لَا نُسَلِّمُهُ . وَإِنْ سَلَّمْنَاهُ لَكُنْهُ فَسَرَّ لَفْظُهُ هَهُنَا بِصَرِيحِ
الظَّهَارِ بِقَوْلِهِ ، فَكَانَ الْعَمَلُ بِصَرِيحِ الْقَوْلِ أَوْلَى مِنَ الْعَمَلِ بِالنِّيَّةِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ كَظْهَرِ أُمِّي . طَلَّقْتَ ، وَسَقَطَ قَوْلُهُ ^(٢٤) : كَظْهَرِ
أُمِّي . لِأَنَّهُ أُنْثَى بِصَرِيحِ الطَّلَاقِ أَوَّلًا ، وَجَعَلَ قَوْلَهُ : كَظْهَرِ أُمِّي . صِفَةً لَهُ . فَإِنْ تَوَيَّ
بِقَوْلِهِ : كَظْهَرِ أُمِّي . تَأْكِيدَ الطَّلَاقِ ، لَمْ يَكُنْ ظَهَارًا ، كَمَا لَوْ أَطْلَقَ ، وَإِنْ تَوَيَّ بِهِ
الظَّهَارَ ، وَكَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا ، فَهُوَ كَالظَّهَارِ مِنَ الْأَجْنَبِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ أُنْثَى بِهِ بَعْدَ يَتَوَيَّئُهَا
بِالطَّلَاقِ . وَإِنْ كَانَ رَجْعِيًّا ، كَانَ ظَهَارًا صَحِيحًا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أُنْثَى بِلَفْظِ الظَّهَارِ فِي مَنْ هِيَ زَوْجَةٌ . وَإِنْ تَوَيَّ بِقَوْلِهِ : أَنْتَ طَالِقٌ .
الظَّهَارَ ، لَمْ يَكُنْ ظَهَارًا ؛ لِأَنَّهُ تَوَيَّ الظَّهَارَ بِصَرِيحِ الطَّلَاقِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ عَلَى
كَظْهَرِ أُمِّي طَالِقٌ . وَقَعَ الظَّهَارُ وَالطَّلَاقُ مَعًا ، سَوَاءً كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا ، أَوْ رَجْعِيًّا ؛ لِأَنَّ
الظَّهَارَ سَبَقَ الطَّلَاقَ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَنْتَ عَلَى حَرَامٍ . وَتَوَيَّ الطَّلَاقَ وَالظَّهَارَ مَعًا ، كَانَ ظَهَارًا ، وَلَمْ
يَكُنْ طَلَاقًا ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ الْوَاحِدَ لَا يَكُونُ ظَهَارًا وَطَلَاقًا ، وَالظَّهَارُ أَوْلَى بِهَذَا اللَّفْظِ ،
فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَقَالُ لَهُ ^(٢٥) : اخْتَرِ أَيُّهُمَا شِئْتَ . وَقَالَ
بَعْضُهُمْ : إِنْ قَالَ : أَرَدْتُ الطَّلَاقَ وَالظَّهَارَ . كَانَ طَلَاقًا ؛ لِأَنَّهُ يَدَّأُ بِهِ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) سقط من : الأصل .

الظَّهَارَ وَالطَّلَاقَ ، كَانَ ظَهَارًا ؛ لِأَنَّهُ بَدَأَ بِهِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ اخْتِيَارًا لَهُ ، وَيَلْزَمُهُ مَا بَدَأَ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَتَى بِلَفْظَةِ الْحَرَامِ يَتَوَى بِهَا الظَّهَارَ ، فَكَانَتْ ظَهَارًا ، كَمَا لَوْ أَنْفَرَدَ / الظَّهَارَ بَيْنَيْتِهِ ، وَلَا يَكُونُ طَلَاقًا ؛ لِأَنَّهُ زَاخَمَتْ بَيْنَهُ نِيَّةَ الظَّهَارِ ، وَتَعَذَّرَ الْجَمْعُ ^(٢٦) ، وَالظَّهَارُ أَوَّلَى بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَاهَا وَاحِدٌ ، وَهُوَ التَّحْرِيمُ ، فَجِبَّ أَنْ يُغْلَبَ مَا هُوَ الْأَوَّلَى ، أَمَّا الطَّلَاقُ فَإِنَّ مَعْنَاهُ الْإِفْلَاقَ ، وَهُوَ حُلُّ قَيْدِ النِّكَاحِ ، وَإِنَّمَا التَّحْرِيمُ حُكْمٌ لَهُ فِي بَعْضِ أَحْوَالِهِ ، وَقَدْ يَنْفَكُ عَنْهُ ؛ فَإِنَّ الرُّجُوعِيَّةَ مُطْلَقَةٌ مُبَاحَةٌ . وَأَمَّا التَّحْيِيرُ فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ اللَّفْظَةَ قَدْ ثَبَتَ حُكْمُهَا حِينَ لَفَظَ بِهَا ؛ لَكُونَهُ أَهْلًا وَاعِلًا قَابِلًا ، وَلِهَذَا لَوْ حَكَمْنَا بِأَنَّهُ طَلَاقٌ ، لَكَانَتْ عِدَّتُهَا مِنْ حِينَ أَوْقَعَ الطَّلَاقَ ، وَلَيْسَ إِلَيْهِ ^(٢٧) . وَنُفَعُ حُكْمٌ ثَبَتَ فِي الْمَحَلِّ بِاخْتِيَارِهِ ^(٢٨) ، وَإِنْدَالُهُ بِإِرَادَتِهِ ، وَالْقَوْلُ الْآخَرُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ لَهُ الْاخْتِيَارَ . وَهُوَ فَاسِدٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . ثُمَّ إِنَّ الْاعتِبَارَ بِجَمِيعِ لَفْظِهِ ، لَا بِمَا بَدَأَ بِهِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَ : طَلَّقْتُ هَذِهِ أَوْ هَذِهِ . لَمْ يَلْزَمْ طَلَاقُ الْأَوَّلَى .

الفصل الرابع : أَنَّهُ إِذَا شَبَّهَ عَضْوًا مِنْ أَمْرَاتِهِ بِظَهَرِ أُمِّهِ أَوْ عَضْوٍ ^(٢٩) مِنْ أَعْضَائِهَا ، فَهُوَ مَظَاهَرٌ ، فَلَوْ قَالَ : فَرَجُلِكَ ، أَوْ ظَهْرُكَ ، أَوْ رَأْسُكَ ، أَوْ جِلْدُكَ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي ، أَوْ بَدَنِهَا ، أَوْ رَأْسِهَا ، أَوْ يَدِهَا . فَهُوَ مَظَاهَرٌ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَهُوَ نَصٌّ ^(٣٠) الشَّافِعِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَاةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ لَيْسَ بِمَظَاهِرٍ حَتَّى يُشَبَّهَ جُمْلَةً أَمْرَاتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ بِاللَّهِ لَا يَمَسُّ عَضْوًا مِنْهَا ، لَمْ يَسِرْ إِلَى غَيْرِهِ ، فَكَذَلِكَ الْمُظَاهَرَةُ ، وَلَئِنْ هَذَا لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ ؛ لِأَنَّ تَشْبِيهَ جُمْلَتِهَا بِمَحَلٍّ ^(٣١) الْاِسْتِمْتَاعَ بِمَا يَتَأَكَّدُ تَحْرِيمُهُ ، وَفِيهِ تَحْرِيمٌ لِجُمْلَتِهَا ، فَيَكُونُ آكَدَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنَّ شَبْهَهَا بِمَا يَحْرُمُ

(٢٦) ق م : : الجمع .

(٢٧) ق ب : : له .

(٢٨) ق م : : واختاره .

(٢٩) ق النسخ : : عضوا .

(٣٠) ق ا : : قول .

(٣١) ل ب : : بمحل .

النَّظَرُ إِلَيْهِ مِنَ الْأَمِّ ، كَالْفَرْجِ ، وَالْفَخِذِ ، وَنَحْوِهِمَا ، فَهُوَ مُظَاهَرٌ ، وَإِنْ لَمْ يَحْرُمْ النَّظَرُ إِلَيْهِ ، كَالرَّأْسِ ، وَالْوَجْهِ ، لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا ؛ لِأَنَّهُ شَبَّهَهَا بِعُضْوٍ لَا يَحْرُمُ النَّظَرُ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا ، كَمَا لَوْ شَبَّهَهَا بِعُضْوٍ زَوْجِيٍّ لَهُ ^(٣٢) أُخْرَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَبَّهَهَا بِعُضْوٍ مِنْ أُمَّه ، فَكَانَ مُظَاهِرًا ، كَمَا لَوْ شَبَّهَهَا بِظَهْرٍ ، وَفَارَقَ الزَّوْجَةَ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ شَبَّهَهَا بِظَهْرٍ لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا ، وَالنَّظَرُ إِنْ لَمْ يَحْرُمْ ، فَإِنَّ التَّلَدُّدَ يَحْرُمُ ، وَهُوَ الْمُسْتَفَادُ بِعَقْدِ التَّكَاجِجِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : كَشَعَرِ أُمِّي ، أَوْ سُنَّهَا ، أَوْ ظَفْرُهَا . أَوْ شَيْءٍ شِئًا مِنْ ذَلِكَ مِنْ أَمْرَاتِهِ بِأَمِّهِ ، أَوْ بِعُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا ^(٣٣) ، لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا ؛ لِأَنَّهُا لَيْسَتْ مِنْ أَعْضَاءِ الْأَمِّ الثَّابِتَةِ ، وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِإِصَافَتِهِ إِلَيْهَا ، فَكَذَلِكَ الظُّهَارُ ^(٣٤) . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : كَزَوْجِ أُمِّي . فَإِنَّ الزَّوْجَ لَا يُوصَفُ بِالتَّحْرِيمِ ، وَلَا هُوَ مَحِلٌّ / لِلإِسْتِنَاجِ . وَكَذَلِكَ الرَّيْقُ ، وَالْعَرَقُ ، وَالذَّمْعُ . وَإِنْ قَالَ : وَجْهِي مِنْ وَجْهِكِ حَرَامٌ . فَلَيْسَ بِظَهَارٍ ، نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَقَالَ : هَذَا شَيْءٌ يَقُولُهُ النَّاسُ ، لَيْسَ بِشَيْءٍ . وَذَلِكَ لِأَنَّهُ هَذَا يُسْتَعْمَلُ كَثِيرًا فِي غَيْرِ الظُّهَارِ ، وَلَا يُؤَدِّي مَعْنَى الظُّهَارِ ، فَلَمْ يَكُنْ ظَهَارًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَا أَكَلَمُكَ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَنَا مُظَاهَرٌ ، أَوْ عَلَى الظُّهَارِ ، أَوْ عَلَى الْحَرَامِ ، أَوْ الْحَرَامُ لِي لَزِمَ . وَلَا نِيَّةَ لَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الظُّهَارِ ، وَلَا تَوَيُّ بِهَ الظُّهَارِ . وَإِنْ تَوَيَّ بِهِ ^(٣٥) الظُّهَارَ ، أَوْ اقْتَرَنَتْ بِهِ قَرِينَةٌ ^(٣٥) تَدُلُّ عَلَى إِرَادَتِهِ الظُّهَارَ ، مِثْلُ أَنْ يُعَلِّقَهُ عَلَى شَرْطٍ ، فَيَقُولُ : عَلَى الْحَرَامِ إِنْ كَلَّمْتُكِ . اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ ظَهَارًا ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِيٍّ تَحْرِيمِ الزَّوْجَةِ ، فَصَحَّ بِالْكِنَايَةِ مَعَ التَّيَّةِ ، كَالطَّلَاقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ بِهِ الظُّهَارُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ إِثْمًا وَرَدَّ بِهِ بِصَرِيحٍ لَفْظِهِ ، وَهَذَا لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِيهِ ، وَلَئِنْ يَمِينٌ مُوجِبَةٌ

(٣٢) سقط من : ب .

(٣٣) لَمْ يَنْهَاهُ : د : الثلاثة .

(٣٤) لَمْ يَكُنْ : د : المظاهرة .

(٣٥) لَمْ يَكُنْ : ب : نية .

للكفارة ، فلم يثبت حكمه بغير الصريح ، كاليمن بالله تعالى .

فصل : يُكْرَهُ أَنْ يُسَمَّى الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بِمَنْ تَحْرُمُ عَلَيْهِ ، كَأُمِّهِ ، أَوْ أُخْتِهِ ، أَوْ بَنْتِهِ ؛
لما رَوَى أَبُو دَاوُدَ^(٣٦) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي ثَيْمَةَ الْهَجِيمِيِّ ، أَنَّ رَجُلًا قَالَ لَامْرَأَتِهِ : يَا
أُخْتِي . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أُخْتُكَ هِيَ ! » . فِكْرَةُ ذَلِكَ ، وَهِيَ عَنْهُ . وَلَأَنَّهُ لَفَظٌ
يُشْبِهُ لَفْظَ الظَّهَارِ . وَلَا تَحْرُمُ بِهَذَا ، وَلَا يَثْبُتُ حُكْمُ الظَّهَارِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَقُلْ لَهُ :
حُرِّمْتُ عَلَيْكَ . وَلَأنَّ هَذَا اللَّفْظُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الظَّهَارِ وَلَا تَوَاهُ بِهِ^(٣٧) ، فَلَا يَثْبُتُ
التَّحْرِيمُ . وَفِي الْحَدِيثِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَرْسَلَ إِلَيْهِ جَبَّارٌ ، فَسَأَلَهُ
عَنْهَا - يَعْنِي عَنْ سَارَةَ - فَقَالَ : إِنَّهَا أُخْتِي^(٣٨) . وَلَمْ يُعَدِّ ذَلِكَ ظَهَارًا .

الفصل الخامس : أَنَّ الْمُظَاهَرَ يَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْءُ امْرَأَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُكْفَرَ . وليس في ذلك
اختلاف إذا كانت الكفارة عتقًا أو صَوْمًا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ
يَتِمَّاسًا ﴾^(٣٩) . وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ
يَتِمَّاسًا ﴾^(٤٠) . وَكَثُرَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ التَّكْفِيرَ بِالْإِطْعَامِ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَأَنَّهُ يَحْرُمُ وَطْؤُهَا
قَبْلَ التَّكْفِيرِ ؛ مِنْهُمْ عَطَاءُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَذَهَبَ أَبُو نُورٍ
إِلَى إِبَاحَةِ الْجَمَاعِ قَبْلَ التَّكْفِيرِ بِالْإِطْعَامِ . وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَمْتَنِضِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ
يَمْنَعْ الْمَسِيحَ قَبْلَهُ ، كَمَا فِي الْعَتَقِ وَالصَّيَامِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عِكْرِمَةُ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ
رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ ﷺ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنِّي نَظَّاهَرْتُ مِنْ امْرَأَتِي ، فَوَقَعْتُ عَلَيْهَا
قَبْلَ أَنْ أُكْفَرَ . / فَقَالَ : « مَا حَمَلَكَ عَلَى ذَلِكَ ، يَرْحَمُكَ اللَّهُ ؟ » . قَالَ : رَأَيْتُ
خُلُحَالَهَا فِي صَوْمِ الْقَمَرِ . قَالَ : « فَلَا تَقْرُبْهَا حَتَّى تَفْعَلَ مَا أَمَرَكَ^(٤١) اللَّهُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ،

٨٠/٨

(٣٦) ق : باب في الرجل يقول لامرأته : يا أختي ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١٠٢/١ .

(٣٧) ق ب : و له .

(٣٨) تقدم تخريجه في : ١٤/٩ . عند قول أبي هريرة : تلك أمكم يا بني ماء السماء .

(٣٩) سورة المائدة ٤٣ .

(٤٠) ق ١ : أمر .

والترمذي^(٤١)، وقال : حديث حسن . ولأنه مظاهر لم يكفر ، فحرم عليه جماعها ، كما لو كانت كفارته العتق أو الصيام ، وترك النص عليها لا يمنع قياسها على المنصوص الذي في معناها .

فصل : فأما التلذذ بما دون الجماع^(٤٢) ، من القُبلة ، واللّمس ، والمباشرة فيما دون الفرج ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يحرم . وهو اختيار أبي بكر . وهو قول الزهري ، وماللي ، والأوزاعي ، وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن الشعبي ، وهو أحد قولَي الشافعي ؛ لأن ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه ، كالطلاق والإحرام والثانية ، لا يحرم . قال أحمد : أرجو أن لا يكون به بأس . وهو قول الثوري ، وإسحاق ، وأبي حنيفة . وحكى عن ماللي . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأنه وطء يتعلّق بتخريمه مال ، فلم يتجاوزهُ التحريم ، كوطء الحائض .

فصل : ولا يصحّ الظهار من أمته ، ولأم ولده . روى ذلك عن ابن عمر ، وعبد الله ابن عمرو ، وسعيد بن المسيّب ، ومجاهد ، والشعبي ، وربيعه ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبي حنيفة وأصحابه . وروى عن الحسن ، وعكرمة ، والنخعي ، وعمرو ابن دينار ، وسليمان بن يسار ، والزهري ، وقنادة ، والحكم ، والثوري ، وماللي ، في الظهار من الأمة كفارة تامة ؛ لأنها مباحة له ، فصَحّ الظهار منها كالزوجة . وعن الحسن ، والأوزاعي ، إن كان يطأها فهو ظهار ، وإلا فلا ؛ لأنه إذا لم يطأها^(٤٣) فهو كتحريم ماله . وقال عطاء : عليه نصف كفارة حرّة ؛ لأن الأمة على النصف من الحرّة

(٤١) أخرجه أبو داود ، في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١/٥١٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذي ٥/١٧٧ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/١٣٦ .

(٤٢) في ب : الفرج .

(٤٣) في ب : يظاهر .

في كثير من أحكامها ، وهذا من أحكامها ، فكون على التصيف . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾^(٤٤) فَخَصُّهُنَّ بِهِ ؛ وَلَئِنْ لَمْ يَكُنْ لَفَظٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ الزَّوْجَةِ ، فَلَا تُحَرِّمُ بِهِ الْأُمَّةُ ، كَالطَّلَاقِ ، وَلَئِنْ الظَّهَارُ كَانَ طَلَاقًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، فَتَقِلُّ حُكْمُهُ وَيَقَى مَجَلُّهُ . قَالَ أَحْمَدُ : قَالَ أَبُو قَلَابَةَ ، وَفَتَادَةُ : إِنَّ الظَّهَارَ كَانَ طَلَاقًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ عَلَى الْمُظَاهِرِ مِنْ أَمْتِهِ كَفَّارَةٌ ظَهَارٍ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَتَوَجَّهُ هَذَا عَلَى مَذْهَبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَتْ^(٤٥) عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ ظَهَارٍ كَانَ ظَهَارًا ، وَلَكِنْ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّهُ تَحْرِيمٌ لِمُبَاحٍ مِنْ مَالِهِ ، فَكَانَتْ فِيهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، كَتَحْرِيمِ سَائِرِ مَالِهِ . قَالَ نَافِعٌ : حَرَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَارِيَّتَهُ ، فَأَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُكَفَّرَ بِمِثْلِهِ^(٤٦) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا^(٤٧) يُلْزَمَ شَيْءٌ ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ فِي الْمَرْأَةِ إِذَا قَالَتْ / لِزَوْجِهَا : أَنْتَ عَلَى كَظْهِرٍ أَيْ . لَا يُلْزَمُهَا شَيْءٌ . وَإِنْ قَالَ لِأَمْتِهِ : أَنْتِ عَلَى حَرَامٍ . فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ﴾ . إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ﴾^(٤٨) . نَزَلَتْ فِي تَحْرِيمِ النَّبِيِّ ﷺ لِمَا جَارِيَّتَهُ فِي قَوْلِ بَعْضِهِمْ . وَيُخَرِّجُ عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ تَلْزَمَهُ كَفَّارَةُ ظَهَارٍ ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ ظَهَارًا . وَالْأَوَّلُ هُوَ الصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَيَصِحُّ الظَّهَارُ مُوقَّتًا ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرٍ أُمِّي شَهْرًا ، أَوْ حَتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضَانَ . فَإِذَا مَضَى الْوَقْتُ زَالَ الظَّهَارُ ، وَحَلَّتِ الْمَرْأَةُ^(٤٩) . وَلَا كَفَّارَةٌ ، وَلَا يَكُونُ عَائِدًا إِلَّا^(٥٠) بِالْوَطْءِ فِي الْمُدَّةِ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَعَطَّيَاءٍ ، وَفَتَادَةَ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَقَوْلُهُ الْآخَرُ : لَا يَكُونُ

(٤٤) سورة المجادلة ٣ .

(٤٥) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٤٦) في ١ : كان .

(٤٧) أورده السيوطي ، في الدر المنثور ٢٤٠ / ٦ .

(٤٨) سقط من : م .

(٤٩) سورة النحر ١ ، ٢ .

(٥٠) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

ظهاراً . وبه قال ابنُ أبي ليلى ، والليث ؛ لأنَّ الشرعَ وَرَدَ بلفظِ الظَّهَارِ مُطلقاً ، وهذا لم يُطْلَقْ ، فأشبهه ما لو شبهها بمنَّ تحرُّمٍ عليه في وقتٍ دُونَ وقتٍ . وقال طائفةٌ : إذا ظاهَرَ في وقتٍ ، فعليه الكفارة ، وإنْ بَرَّ . وقال مالكٌ : يَسْقُطُ التَّائِبُ ، ويكونُ ظهاراً^(٥١) مُطلقاً ؛ لأنَّ هذا لَفْظٌ يُوجِبُ تَحْرِيمَ الزَّوْجَةِ ، فإذا وَقَّتْ لم يَتَوَقَّتْ كالطَّلَاقِ . ولنا ، حديثُ سَلَمَةَ بْنِ صَخْرٍ ، وقوله : ظاهَرْتُ^(٥٢) مِنْ^(٥٣) امْرَأَتِي حَتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضَانَ . وأخْبَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنَّهُ أَصَابَهَا فِي الشَّهْرِ ، فَأَمَرَهُ بِالْكَفَّارَةِ . ولم يَغْتَبِرْ عَلَيْهِ تَقْيِيدَهُ ، وَلأنَّه مَنَعَ نَفْسَهُ مِنْهَا يَمِينٌ لَهَا كَفَّارَةٌ ، فَصَحَّ مُوقَّتًا كَالْإِبْلَاءِ ، وفَارَقَ الطَّلَاقَ ؛ فَإِنَّهُ يُزِيلُ الْهَلَاكَ ، وهو^(٥٤) يُوقِعُ تَحْرِيمًا يَرْفَعُهُ التَّكْفِيرُ ، فَجَازَ تَأْيِيدُهُ . ولا يَصِحُّ قَوْلُ مَنْ أَوْجَبَ الْكَفَّارَةَ وَإِنْ بَرَّ ؛ لأنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِنَّمَا أَوْجَبَ الْكَفَّارَةَ عَلَى الَّذِينَ يُعَوِّذُونَ لِمَا قَالُوا ، وَمَنْ بَرَّ وَتَرَكَ الْعَوْدَ فِي الْوَقْتِ الَّذِي ظَاهَرَ فَلَمْ يُعِدْ لِمَا قَالَ ، فَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ . وفَارَقَ التَّشْبِيهَ بِمَنْ لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ عَلَى التَّائِيدِ ؛ لأنَّ تَحْرِيمَهَا غَيْرُ كَامِلٍ ، وهذه حَرَمُهَا^(٥٥) فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ تَحْرِيمًا مُشَبَّهًا بِتَحْرِيمِ ظَهْرِ أُمِّهِ . على أَنَّ تَمَنُّعَ الْحُكْمِ فِيهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ عَائِدًا إِلَّا بِالْوُطْءِ فِي الْمُدَّةِ . وهذا هو المتصوِّصُ عن الشَّافِعِيِّ . وقال بعضُ أصحابِهِ : إِنْ لَمْ يُطْلَقْهَا غَقِيبَ الظَّهَارِ ، فَهُوَ عَائِدٌ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ^(٥٦) . وقال أَبُو عُبَيْدٍ : إِذَا أَجْمَعَ عَلَى غَشْيَانِهَا فِي الْوَقْتِ ، لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ . وَإِلَّا فَلَا ؛ لأنَّ الْعَوْدَ الْعَزْمَ عَلَى الْوُطْءِ . وَلنا ، حَدِيثُ سَلَمَةَ بْنِ صَخْرٍ ، وَأَنَّهُ لَمْ يُوجِبْ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةَ إِلَّا بِالْوُطْءِ ، وَلأنَّهَا يَمِينٌ لَمْ يَحْتَسْ فِيهَا ، فَلَا يَلْزَمُهُ / كَفَّارَتُهَا ، كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى ، وَلأنَّ الْمُظَاهِرَ فِي وَقْتٍ ، عَازِمٌ عَلَى إِمْسَالِكِ زَوْجَتِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ ، فَمَنْ أَوْجَبَ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةَ بِذَلِكَ ، كَانَ قَوْلُهُ كَقَوْلِ

٨١/٨

(٥١) في ا ، ب : : مظاهرا .

(٥٢) في ب ، م : : تظاهرت .

(٥٣) سقط من : ب .

(٥٤) في الأصل : : وهذا .

(٥٥) في ب : : تحريمها .

(٥٦) في ا ، م : : بالكفارة .

طائوس ، فلا معنى لقوله : يصحُّ الظَّهَارُ مُوقْتًا ؛ لِعَدَمِ تَأْيِيدِ الثَّاقِبِ (٥٧) .

فصل : ويصحُّ تعليقُ الظَّهَارِ بالشُّرُوطِ ، نحو أن يقول : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَأَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي ، (٥٨) وَإِنْ شَاءَ زَيْدٌ ، فَأَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي (٥٩) . فَمَتَى شَاءَ زَيْدٌ أَوْ دَخَلْتَ الدَّارَ ، صَارَ مُظَاهِرًا ، وَإِلَّا فَلَا . وهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ ، فَجَازَ تَعْلِيْقُهُ عَلَى شَرْطٍ كَالْإِبْلَاءِ ، وَلِأَنَّ أَصْلَ الظَّهَارِ أَنَّهُ كَانَ طَلَاقًا ، وَالطَّلَاقُ يَصَحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ (٦٠) ، فَكَذَلِكَ الظَّهَارُ ، وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ تَحْرُمُ بِهِ الزَّوْجَةُ ، فَصَحَّ تَعْلِيْقُهُ عَلَى شَرْطٍ كَالطَّلَاقِ . ولو قال لامرأته : إِنْ تَظَاهَرْتُ مِنْ أَمْرَأَتِي الْأُخْرَى ، فَأَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . ثُمَّ تَظَاهَرْتَ مِنَ الْأُخْرَى ، صَارَ مُظَاهِرًا مِنْهُمَا جَمِيعًا . وَإِنْ قَالَ : إِنْ تَظَاهَرْتُ مِنْ فُلَانَةِ الْأُجْنَبِيَّةِ ، فَأَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . ثُمَّ قَالَ لِلْأُجْنَبِيَّةِ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . صَارَ مُظَاهِرًا مِنْ أَمْرَأَتِهِ ، عِنْدَ مَنْ يَرَى الظَّهَارَ مِنَ الْأُجْنَبِيَّةِ ، وَمَنْ لَا فَلَا . وَسَنَذَكُرُ ذَلِكَ (٦١) فِي مَوْضِعِهِ (٦٢) ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ . لَمْ يَتَعَقَّدْ ظَهَارُهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ : عَلَيْهِ كَظْهِرُ أُمِّي إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، هِيَ (٦٣) يَجِبُ . وَإِذَا قَالَ : مَا أَحَلَّ اللَّهُ عَلَى حَرَامٍ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ . وَلَهُ أَهْلٌ ، هِيَ يَجِبُ ، لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ . وهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهَا يَجِبُ مُكَفَّرَةٌ ، فَصَحَّ الِاسْتِنَاءُ فِيهَا ، كَالْيَجِيمِ بِاللَّهِ تَعَالَى ، أَوْ كَتَحْرِيمِ مَالِهِ . وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ خَلَفَ عَلَى يَجِيمٍ ، فَقَالَ : إِنْ شَاءَ اللَّهُ . فَلَا جُنْحَ عَلَيْهِ » . رواه التِّرْمِذِيُّ (٦٤) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . وَفِي لَفْظٍ : « مَنْ

(٥٧) في ١ ، ب ، م : و الوقت .

(٥٨-٥٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٩) في ١ : و بالشروط .

(٦٠-٦١) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٦١) في ١ : و هو .

(٦٢) في : باب مجاء الِاسْتِنَاءِ فِي الْيَمِينِ ، مِنْ أَبْوَابِ التَّنْفِيرِ . عارضة الأحوذى ١٢/٧-١٤ .

حَلَفَ فَاسْتَشْنَى ، فَإِنْ شَاءَ فَعَلَ ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ غَيْرَ حَنِثٍ ، . رواه الإمام أحمد ، وأبو داود ، والنسائي^(١٣) . وإن قال : أنت على حرام ، والله لا أكلمك إن شاء الله . عاد الاستثناء إليهما ، في أحد الوجهين ؛ لأن الاستثناء إذا تعقَّب جُمْلًا ، عاد إلى جميعها ، إلا أن يتوَيَّ الاستثناء في بعضها ، فيعود إليه وحده . وإن قال : أنت على حرام إذا شاء الله ، أو لا ما شاء الله ، أو إلى أن يشاء الله ، أو ما شاء الله . فكله استثناء يرفع حكم الظهار . وإن قال : إن شاء الله فأنث حرام . فهو استثناء يرفع حكم الظهار ؛ / لأن الشرط إذا تقدَّم يجاب بالفاء . وإن قال : إن شاء الله فأنث حرام . فهو استثناء ؛ لأن الفاء مقدَّرة . وإن قال : إن شاء الله فأنث حرام . صَحَّ أيضًا ، والفاء زائدة . وإن قال : أنت حرام إن شاء الله ، وشاء زيد . فشاء زيد ، لم يصير مظهرًا^(١٤) ؛ لأنه علَّقه على مشيئتين ، فلا يحصل بإحداهما^(١٥) .

٨١/٨ ط

١٣١٠ - مسألة ، قال : (فَإِنْ مَاتَ ، أَوْ مَاتَتْ ، أَوْ طَلَّقَهَا ، لَمْ تَلْزِمَهُ الْكُفَّارَةُ . فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا ، لَمْ يَطَأَهَا حَتَّى يُكْفَرَ ؛ لِأَنَّ الْحِنْتَ بِالْعَزْدِ ، وَهُوَ الْوَطْءُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ أَوْجَبَ الْكُفَّارَةَ عَلَى الْمُظَاهِرِ قَبْلَ الْحِنْتِ)
الكلام في هذه المسائل^(١) في ثلاثة فصول :

أحدها : أن الكفارة لا تجب بمجرّد الظهار ، فلو مات أحدهما أو فارَّقها قبل

= كما أخرجه النسائي ، في : باب الاستثناء ، من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ٢٣/٧ ، ٢٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٩/٢ .

(٦٣) أخرجه الإمام أحمد في : المسند ٦/٢ ، ١٠ ، ٤٨ ، ٤٩ ، ٦٨ ، ١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٥٣ . وأخرجه أبو داود ، في : باب الاستثناء في اليمين ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن أبي داود ٢٠٢/٢ . وأخرجه النسائي ، في : باب من حلف فاستثنى ، من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ١٢/٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الاستثناء في اليمين ، من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ٦٨٠/١ . والدارمي ، في : باب في الاستثناء في اليمين ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن الدارمي ١٨٥/٢ .

(٦٤) في ب ، م : : ظاهرا .

(٦٥) في م : : بإحديهما .

(١) في م : : المسألة .

العَوْدُ ، فلا كَفَّارَةٌ عليه . وهذا قولُ عَطَاءٍ ، والنَّخَعِيِّ ، والأَوْزَاعِيِّ ، والحَسَنِ ، والثَّوْرِيِّ ، ومَالِكٍ ، وأبِي عُبَيْدٍ ، وأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وقال طَاوُسٌ ، ومُجَاهِدٌ ، والشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وقَتَادَةُ : عليه الكَفَّارَةُ بِمُجَرَّدِ الظَّهَارِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِلْكَفَّارَةِ ^(١) ، وقد وَجَدَ ، وَلَأنَّ الكَفَّارَةَ وَجَبَتْ لِقَوْلِ الْمُتَكَبِّرِ وَالزُّورِ ، وهذا يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ الظَّهَارِ . وقال الشَّافِعِيُّ : متى أَمْسَكَهَا بَعْدَ ظَهَارِهِ زَمَنًا يُمَكِّنُهُ طَلَاقُهَا فِيهِ ، فلم يُطْلَقْهَا ، فعليه الكَفَّارَةُ . لِأنَّ ذلك هو العَوْدُ عِنْدَهُ . ولَنَا ، قولُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ^(٢) . فَأَوْجَبَ الْكَفَّارَةَ بِأَمْرَيْنِ ، ظَهَارٍ وَعَوْدٍ ، فلا تُثَبَّتُ بِأَحَدِهِمَا ، وَلَأنَّ الكَفَّارَةَ فِي الظَّهَارِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، فلا يُحْنَتُ بِغَيْرِ الْجَنِّتِ ، كَسَائِرِ الْأَيْمَانِ ، وَالْجَنَّتُ فِيهَا هو العَوْدُ ، وذلك فِعْلٌ مَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِهِ ، وهو الْجِمَاعُ ، وَتَرْكُ طَلَاقِهَا لَيْسَ بِجَنِّتٍ فِيهَا ، وَلَا فِعْلٌ لِمَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِهِ ، فلا تُجِبُ بِهِ الكَفَّارَةُ ، وَلَأنَّهُ لو كَانَ الْإِنْسَانُ عَوْدًا ، لَوَجَبَتْ الْكَفَّارَةُ عَلَى الْمُظَاهَرِ الْمُوقَّتِ ^(٣) وَإِنْ بَرَّ . وَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى أَنَّهَا لَا تُجِبُ عَلَيْهِ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ وَطْئِهَا . وَكَذَلِكَ إِنْ فَارَقَهَا ، سَوَاءً كَانَ ذَلِكَ مُتَرَاخِيًا عَنْ يَمِينِهِ ، أَوْ عَقِبِهِ . وَأَيُّهُمَا مَاتَ وَرَبَّهُ صَاحِبُهُ ، فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ . وقال قَتَادَةُ : إِنْ مَاتَتْ ، لم يَرِنْهَا حَتَّى يُكْفَرَ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ وَرِثَهَا إِذَا كَفَرَ وَرِثَهَا وَإِنْ لَمْ يُكْفَرْ ، كَالْمَوْلَى مِنْهَا .

الفصل الثاني : أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَ مَنْ ظَاهَرَ مِنْهَا ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، لم يَحِلُّ لَهُ وَطْئُهَا حَتَّى يُكْفَرَ . سَوَاءً كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا ، أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ . وَسَوَاءً رَجَعَتْ إِلَيْهِ ^(٤) بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ ، أَوْ قَبْلَهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدٌ . وهو قولُ / عَطَاءٍ ، والحَسَنِ ، والزُّهْرِيِّ ، والنَّخَعِيِّ ، ومَالِكٍ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ . وقال قَتَادَةُ : إِذَا بَاثَتْ ، سَقَطَ الظَّهَارُ ، فَإِذَا عَادَ فَتَكَحَّلَهَا ^(٥) ، فلا كَفَّارَةَ

٨٢/٨

(٢) فِي ب : : الْكَفَّارَةُ .

(٣) سُورَةُ الْمَجَادَلَةِ ٣ .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : : لِلْمَرْفُوعِ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : : عَلَيْهِ .

(٦) فِي م : : فَتَكَاحَهَا .

عليه . وللمشافعي قولان كالمذهبتين ، وقول ثالث ، إن كانت البتونة بالثلاث ، لم يُعَد الظهار ، وألا عاد . وبناء على الأقاويل في عَوْد صِفَةِ الطَّلَاقِ في النكاح الثاني . ولنا ، عُمُومُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾ . وهذا قد ظاهر من امرأته ، فلا يحل أن يتماسا حتى يكفّر ، ولأنه ^(٧) ظاهر من امرأته ، فلا يحل له مسها قبل التكفير ، كالتى لم يطلّقها ، ولأن الظهار بمن مكفّر ، فلم يَطلِّ حُكْمُهَا بِالطَّلَاقِ ، كالإيلاء .

الفصل الثالث : أن العود هو الوطء ، فمتى وطئ لزمت الكفارة ، ولا تجب قبل ذلك ، إلا أنها شرطٌ لحل الوطء ، فيؤمر بها من أرادَه لِيَسْتَحِلَّهَا بها ، كما يؤمر بعقد النكاح من أراد حل المرأة . وحكى نحو ذلك عن الحسن ، والزهري . وهو قول أى حنيفة . إلا أنه لا يوجب الكفارة على من وطئ ، وهى عنده فى حق من وطئ كمن لا يَطَأ . وقال القاضى وأصحابه : العود العزم على الوطء . إلا أنهم لم يوجبوا الكفارة على العازم على الوطء ، إدامات أحدهما أو طلق قبل الوطء ، إلا أنها الخطأ ، فإنه قال : إذا مات بعد العزم ، أو طلق ، فعليه الكفارة . وهذا قول مالك ، وأبى عبيد . وقد أكرأ أحمد هذا ، فقال : مالك يقول : إذا أجمع لزمت الكفارة . فكيف يكون هذا ! إذا ^(٨) طلقها بعد ما يجمع كان عليه كفارة ! إلا أن يكون يذهب إلى قول طاووس : إذا تكلم بالظهار لزمته مثل الطلاق . ولم يوجب أحمد قول طاووس . وقال أحمد ، فى قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا ﴾ . قال : العود ^(٩) الغشيان ، إذا أراد أن ينشئ كفر . واحتج من ذهب إلى هذا بقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾ . فأوجب الكفارة بعد العود قبل التماس ، وما يحرّم ^(١٠) قبل الكفارة ، لا يجوز كونه متقدما عليها ، ولأنه قصد بالظهار تحريمها ، فالعزم على وطئها عود فيما قصده ^(١١) ،

(٧) فى الأصل نهادة : د قد .

(٨) فى ١ ، م : د لو . وفى ب : د أو .

(٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٠) فى م : د حرم .

(١١) فى ١ ، ا ، ب ، م : د قصد .

ولأن الظهار تحريم ، فإذا أراد استباحتها ، فقد رجّع في ذلك التحريم ، فكان عائدا .
وقال الشافعي : العود إمساكها بعد ظهاره زمنًا يمكنه طلائها فيه ؛ لأن ظهاره منها يقتضي إباحتها ، فإمساكها عود فيما قال . وقال داود : العود ، تكرار الظهار مرة ثانية ؛ لأن العود في الشيء إعادته . ولنا ، أن العود فعل ضد قوله ، ومنه العائد في هيته ، هو / الرجوع في المؤهوب ، والعائد في عذبه ، التارك للوفاء بما وعد ، والعائد فيما نهي عنه فاعل المنهي عنه . قال الله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نَهَوْا عَنْهُ ﴾ . فالمظاهر مُحَرَّم للوطء على نفسه ، ومانع لها منه ، فالعود فعله . وقولهم : إن العود يتقدم التكفير ، والوطء يتأخر عنه . قلنا : المراد بقوله : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ ﴾ . أى يريدون العود ، كقول الله تعالى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ ﴾ ^(١٢) . أى ، أردتم ذلك . وقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ ﴾ ^(١٣) . فإن قيل : فهذا تأويل ، ثم هو رجوع إلى إيجاب الكفارة بالعزم المجرد . قلنا : دليل التأويل ، ما ذكرنا . والآمر ^(١٤) بالكفارة عند العزم فإنما أمر بها شرطًا للحل ، كالأمر بالظهار لمن أراد صلاة التأفلة ، والأمر بالنية لمن أراد الصيام . فأما الإمساك فليس بعود ؛ لأنه ليس بعود في الظهار المؤقت ، فكذلك في المطلق ، ولأن العود فعل ضد ما قاله ، والإمساك ليس بضد له ، وقولهم : إن الظهار يقتضي إباحتها . لا يصح ، وإنما يقتضي تحريمها واجتنابها ، ولذلك صح توقيته ، ولأنه قال : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا ﴾ . وثم للتراخي ، والإمساك غير متأخر . وأما قول داود فلا يصح ؛ لأن النبي ﷺ أمر أوسًا وسلمة بن صخر بالكفارة من غير إعادة اللفظ ، ولأن العود إنما هو في مقوله دون قوله ، كالعود في الهبة والعدة ، والعود لما نهي عنه ، وبدل على إبطال هذه الأقوال كلها أن الظهار يمين مكفرة ، فلا تجب الكفارة إلا بالجنث فيها ، وهو فعل ما حلف على تركه كسائر

(١٢) سورة المائدة ٦

(١٣) سورة النحل ٩٨

(١٤) في ١ ، ب ، م : د وأما الأمر .

الْإِيمَانِ ، وَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ بِذَلِكَ كَسَائِرِ الْإِيمَانِ ، وَلَئِنْهَا يَجِبُ تَقْتَضِي تَرْكِ الْوَطْءِ ، فَلَا تَجِبُ كَفَّارُهَا إِلَّا بِهِ ، كَالْإِلَاءِ .

١٣١١ - مسألة : قال : (وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَةٍ أجنبية : أَلَيْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . لَمْ يَطْأَهَا إِنْ تَزَوَّجَهَا حَتَّى يَأْتِيَ بِالْكَفَّارَةِ)

وجملته ، أَنَّ الظَّهَارَ مِنَ الْأَجْنَبِيَّةِ يَصِحُّ ، سواءَ قَالَ ذَلِكَ لِامْرَأَةٍ بِعَيْنِهَا ، أَوْ قَالَ : كُلُّ النِّسَاءِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . وسواءَ أَوْقَعَهُ مُطْلَقًا ، أَوْ عُلِّقَهُ عَلَى التَّزْوِيجِ ، فَقَالَ : كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا ، فَهِيَ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . ومضى تَزَوَّجَ النِّسَاءِ الظَّاهِرَ مِنْهَا ، لَمْ يَطْأَهَا حَتَّى يُكْفَرَ . يَرْوَى^(١) نَحْوُ هَذَا عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَغُرُورُ ، وَعَطَاءُ ، وَالْحَسَنُ ، وَمَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ حُكْمُ الظَّهَارِ قَبْلَ التَّزْوِيجِ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَيُرْوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾^(٢) . / وَالْأَجْنَبِيَّةُ لَيْسَتْ مِنْ نِسَائِهِ ، وَلِأَنَّ الظَّهَارَ يَجِبُ وَرَدَّ الشَّرْعُ بِحُكْمِهَا مُقَيَّدًا بِنِسَائِهِ ، فَلَمْ يَثْبُتَ حُكْمُهَا فِي الْأَجْنَبِيَّةِ ، كَالْإِلَاءِ ؛ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ . كَمَا قَالَ : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾^(٣) . وَلَئِنْهَا لَيْسَتْ بِزَوْجَةٍ^(٤) ، فَلَمْ يَصِحَّ الظَّهَارُ مِنْهَا ، كَأَمْتِهِ ، وَلَئِنْهُ حَرَمٌ مُحَرَّمَةٌ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتِ حَرَامٌ . وَلَئِنْهُ نَوْعٌ تَحْرِيمٍ ، فَلَمْ يَتَقَدَّمِ التَّكَاحُ ، كَالطَّلَاقِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ قَالَ : إِنْ تَزَوَّجْتُ فَلَانَةَ ، فَهِيَ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . فَتَزَوَّجَهَا . قَالَ : عَلَيْهِ كَفَّارَةُ الظَّهَارِ^(٥) . وَلَئِنْهَا يَجِبُ مُكْفَرَةٌ ، فَصَحَّ

٨٣/٨

(١) في ب : ٥ روى ٩ .

(٢) سورة المائدة ٣ .

(٣) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٤) في ب : ٥ زوجة ٩ .

(٥) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ظهار الحر ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٥٩/٢ . وليس في المسند . انظر الإرواء ١٧٦/٧ .

الْعَقْدُهَا قَبْلَ التَّكَاج ، كَابْيَنِ بِاللَّهِ تَعَالَى . أَمَّا الْآيَةُ ، فَإِنَّ التَّخْصِيصَ خَرَجَ مَخْرَجَ الْغَالِبِ ؛ فَإِنَّ الْغَالِبَ أَنَّ الْإِنْسَانَ إِنَّمَا يُظَاهَرُ مِنْ نِسَائِهِ ، فَلَا يُوجِبُ تَخْصِيصَ الْحُكْمِ بِهِنَّ ، كَأَنَّ تَخْصِيصَ الرِّبِّيَّةِ الَّتِي فِي حَجَرِهِ بِالذَّكْرِ ، لَمْ يُوجِبِ اسْتِخْصَاصَهَا بِالتَّخْرِيمِ ، وَأَمَّا الْإِبْلَاءُ ، فَإِنَّمَا اسْتَخْصَصَ حُكْمَهُ نِسَائِهِ ؛ لِكَوْنِهِ يَقْصِدُ الْإِضْرَارَ بِهِنَّ دُونَ غَيْرِهِنَّ ، وَالْكَفَّارَةَ وَجَبَتْ هُنَا لِقَوْلِ الْمُتَكَبِّرِ وَالزُّورِ ، وَلَا يَحْتَصُّ^(٦) ذَلِكَ نِسَائِهِ ، وَيَفَارِقُ الظَّهَارُ الطَّلَاقَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الطَّلَاقَ حَلَّ قَيْدِ النِّكَاحِ ، وَلَا يُمَكِّنُ حَلَّهُ قَبْلَ عَقْدِهِ ، وَالظَّهَارُ تَحْرِيمٌ لِلزَّوْءِ ، فَيَجُوزُ تَقْدِيمُهُ عَلَى الْعَقْدِ كَالْحَيْضِ . الثَّانِي ، أَنَّ الطَّلَاقَ يَرْفَعُ الْعَقْدَ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَسْبِقَهُ ، وَهَذَا لَا يَرْفَعُهُ ، وَإِنَّمَا تَتَعَلَّقُ^(٧) الْإِبَاحَةُ عَلَى شَرْطِ ، فَجَازَ تَقْدِيمُهُ . وَأَمَّا الظَّهَارُ مِنَ الْآيَةِ ، فَقَدْ تَعَقَّدَ يَمِينًا وَجَبَتْ بِهِ الْكَفَّارَةُ ، وَلَمْ تَجِبْ بِهِ^(٨) كَفَّارَةُ الظَّهَارِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ أَمْرًا لَهُ حَالُ التَّكْفِيرِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وَإِذَا قَالَ : كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا ، فَهِيَ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . ثُمَّ تَزَوَّجَ نِسَاءً ، وَأَرَادَ الْعَوْدَ ، فَعَلِيهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ ، سَوَاءٌ تَزَوَّجَهُنَّ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ^(٩) أَوْ فِي عُقُودٍ مُتَفَرِّقَةٍ . نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ عُرْوَةَ ، وَإِسْحَاقُ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ وَاحِدٌ ، فَكَفَّارَتُهَا وَاحِدَةٌ . كَمَا لَوْ ظَاهَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسَاءٍ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ . وَعَنْهُ ، أَنَّ لِكُلِّ عَقْدٍ كَفَّارَةً ؛ فَلَوْ تَزَوَّجَ اثْنَتَيْنِ فِي عَقْدٍ ، وَأَرَادَ الْعَوْدَ فَعَلِيهِ^(١٠) « كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ » ، ثُمَّ إِذَا تَزَوَّجَ أُخْرَى ، وَأَرَادَ الْعَوْدَ ، فَعَلِيهِ^(١١) « كَفَّارَةٌ أُخْرَى » . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ إِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ الثَّالِثَةَ وَجَدَ الْعَقْدَ عَلَيْهَا الَّذِي يَثْبُتُ بِهِ الظَّهَارُ ، وَأَرَادَ الْعَوْدَ إِلَيْهَا بَعْدَ التَّكْفِيرِ عَنِ الْأَوَّلَتَيْنِ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ هَا / كَفَّارَةٌ ، كَمَا لَوْ ظَاهَرَ مِنْهَا ابْتِدَاءً . وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . وَقَالَ : أَرَدْتُ أَنَّهَا مِثْلُهَا فِي التَّحْرِيمِ فِي الْحَالِ . دِينَ فِي ذَلِكَ . وَهَلْ يُقْبَلُ فِي الْحُكْمِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ،

٨٣/٨ ط

(٦) فِي ١ ، م : ٥ : بِخَصْرٍ .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، ١ ، ب : ٥ : تَعَلَّقَ .

(٨) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ ، ب ، م .

(٩-١٠) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرَ .

لا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ لِلظَّهَارِ ، فَلَا يُقْبَلُ صَرْفُهُ إِلَى غَيْرِهِ . وَالثَّانِي : يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهَا حَرَامٌ عَلَيْهِ ، كَمَا أَنَّ أُمَّهُ حَرَامٌ عَلَيْهِ .

١٣١٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ . وَأَزَادَ فِي تِلْكَ الْحَالِ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَإِنْ تَزَوَّجَهَا ، لِأَنَّهُ صَادِقٌ . وَإِنْ أَزَادَ فِي كُلِّ حَالٍ ، لَمْ يَطَّأَهَا إِنْ تَزَوَّجَهَا حَتَّى يَأْتِيَ بِكَفَّارَةِ الظَّهَارِ)

أَمَّا إِذَا أَرَادَ يَقُولُهُ لَهَا : أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ . الْإِخْبَارَ عَنْ حُرْمَتِهَا فِي الْحَالِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ صَادِقٌ ؛ لَكَوْنِهِ وَصَفَهَا بِصِفَتِهَا ، وَلَمْ يَقُلْ مُنْكَرًا وَلَا زُورًا . وَكَذَلِكَ لَوْ أَطْلَقَ هَذَا الْقَوْلَ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِذَلِكَ . وَإِنْ أَرَادَ تَحْرِيمَهَا فِي كُلِّ حَالٍ ، فَهُوَ ظَهَارٌ ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الْحَرَامِ ، إِذَا أُيِّدَ بِهَا الظَّهَارُ ، ظَهَارٌ فِي الزَّوْجَةِ ^(١) ، فَكَذَلِكَ فِي الْأَجْنَبِيَّةِ ، فَصَارَ كَقَوْلِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي .

١٣١٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ ظَاهَرَ مِنْ زَوْجِهِ ، وَهِيَ أُمَةٌ ، فَلَمْ يَكْفُرْ حَتَّى مَلَكَهَا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، وَلَمْ يَطَّأَهَا حَتَّى يَكْفُرَ)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّ الظَّهَارَ يَصِحُّ مِنْ كُلِّ زَوْجَةٍ ، أُمَةٌ كَانَتْ أَوْ حُرَّةً . فَإِذَا ظَاهَرَ مِنْ زَوْجَتِهِ الْأُمَةَ ، ثُمَّ مَلَكَهَا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ . وَاشْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي بَقَاءِ حُكْمِ الظَّهَارِ ؛ فَذَكَرَ الْخِرَقِيُّ هَهُنَا أَنَّهُ بَاقٍ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ الْوَطْءُ حَتَّى يَكْفُرَ . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَنَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ الْقَاضِي : الْمَذْهَبُ مَا ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ حَامِدٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾ ^(١) . وَهَذَا قَدْ ^(٢) ظَاهَرَ مِنْ أَمْرَاتِهِ ، فَلَمْ يَحِلَّ لَهُ

(١) فِي ب : : الزَّوْجَةِ .

(١) سُورَةُ الْمَجَادَلَةِ ٣ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ١ .

مَسْهُاحَتِي يُكَفِّرُ ، وَلَأنَّ الظَّهَارَ قَدْ صَحَّ فِيهَا ، وَحُكْمُهُ لَا يَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ الْمُزِيلِ لِلْيَمْلِكِ
وَالْجَلِّ ، فَيَمْلِكُ الْبَيْمِنِ أَوَّلَى ، وَلَأنَّهَا يَمِينٌ ائْتَقَدَتْ مُوجِبَةً لِكُفَّارَةٍ ، فَوَجَبَتْ دُونَ
غَيْرِهَا ، كَسَائِرِ الْأَيْمَانِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ : يَسْقُطُ الظَّهَارُ بِمِلْكِهِ لَهَا ، وَإِنْ
وَطَّعَهَا حَيْثُ ، وَعَلَيْهِ كُفَّارَةُ يَمِينٍ ، كَالْوِطَّاعَةِ مِنْهَا ، وَهِيَ أُمَّتُهُ ، ^(١) لِأَنَّهَا خَرَجَتْ عَنْ
الزَّوْجَاتِ ، وَصَارَ وَطْوَها بِمِلْكِ الْبَيْمِنِ ، فَلَمْ يَكُنْ مُوجِبًا لِكُفَّارَةِ الظَّهَارِ ، كَالْوِ
تَظَاهَرِ مِنْهَا وَهِيَ أُمَّتُهُ ^(٢) . / وَيَقْتَضِي قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ هَذَا أَنْ يُبَايَعُ قَبْلَ التَّكْفِيرِ ؛ لِأَنَّهُ اسْقَطَ
الظَّهَارَ ، وَجَعَلَهُ يَمِينًا ، كَتَحْرِيمِ أُمَّتِهِ . فَإِنْ ائْتَقَقَهَا عَنْ كُفَّارَتِهِ ، صَحَّ عَلَى الْقَوْلَيْنِ . فَإِنْ
تَزَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، حَلَّتْ لَهُ بِغَيْرِ كُفَّارَةٍ ؛ لِأَنَّهُ كَفَّرَ عَنْ ظَهَارِهِ بِاِئْتِاقِهَا ، وَلَا يَمْتَنِعُ
إِجْزَاؤُهَا عَنْ الْكُفَّارَةِ الَّتِي وَجَبَتْ بِسَبَبِهَا ، كَالْوِ قَالَ : إِنْ مَلَكَتْ أُمَةً ، فَلِلَّهِ عَلَى عِتْقِ
رَقَبَةٍ . فَمَلَكَتْ أُمَةً ، فَأَعْتَقَهَا . وَإِنْ ائْتَقَقَهَا عَنْ غَيْرِ الْكُفَّارَةِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، عَادَ حُكْمُ
الظَّهَارِ ، وَلَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى يُكَفَّرَ .

٨٤/٨

١٣١٤ - مسألة : قَالَ : (وَلَوْ تَظَاهَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسَائِهِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ ، لَمْ يَكُنْ
عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ كُفَّارَةٍ ^(١))

وَجَمَلَتْهُ أَنَّهُ إِذَا تَظَاهَرَ ^(٢) مِنْ نِسَائِهِ الْأَرْبَعِ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ ، فَقَالَ : أَتُنُّ عَلَيَّ كَظَهَرِ
أُمِّي . فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ كُفَّارَةٍ . بِغَيْرِ خِلَافٍ فِي الْمَذْهَبِ . وَهُوَ قَوْلُ عَلِيٍّ ، وَعُمَرَ ،
وَعُرْوَةَ ، وَطَاوُسٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَرَبِيعَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ،
وَالشَّافِعِيَّ فِي الْقَدِيمِ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَالتَّحَوِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَبِحَسْبِ الْأَنْصَارِيِّ ،
وَالْحَكَمِ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ : عَلَيْهِ لِكُلِّ امْرَأَةٍ كُفَّارَةٌ ؛

(٣-٣) سقط من : ب . نقل نظر .

(١) في الزيادة : واحدة .

(٢) في : تظاهر .

لأنه وَجَدَ^(٣) الظَّهَارَ وَالْعَوْدَ فِي حَقِّ^(٤) كُلِّ امْرَأَةٍ مِنْهُنَّ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ^(٥) كَفَّارَةٌ ، كَالْوَأْدِهَا بَ . وَلَنَا ، عُمُومُ^(٦) قَوْلِ عَمْرِو عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، رَوَاهُ عَنْهُمَا الْأَثَرُ^(٧) ، وَلَا نَعْرِفُ لَهَا فِي الصُّحَايَةِ مُخَالَفًا ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّ الظَّهَارَ كَلِمَةٌ تُجِبُ بِمَخَالِفَتِهَا الْكُفَّارَةَ ، فَإِذَا وَجَدَتْ فِي جَمَاعَةٍ أَوْجَبَتْ كَفَّارَةً وَاحِدَةً ، كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى . وَفَارَقَ مَا إِذَا ظَاهَرَ^(٨) بِكَلِمَاتٍ ؛ فَإِنَّ كُلَّ كَلِمَةٍ تَقْتَضِي كَفَّارَةً تَرْفَعُهَا ، وَتُكْفِّرُ إِنَّهَا . وَهُنَا الْكَلِمَةُ وَاحِدَةٌ ، فَالْكَفَّارَةُ الْوَاحِدَةُ تَرْفَعُ حُكْمَهَا ، وَتَمْحُو إِنَّهَا ، فَلَا يَبْقَى لَهَا حُكْمٌ .

فصل : ومفهوم كلام الخِرَقِيِّ ، أنه إذا ظاهر منهن بكلمات ، فقال لكل واحدة :
أَنْتِ عَلَى كَظْهَرِي أُمِّي . فَإِنَّ لِكُلِّ يَمِينٍ كَفَّارَةً . وَهَذَا قَوْلُ عُرْوَةَ ، وَعَطَاءٍ . قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : الْمَذْهَبُ رَوَايَةً وَاحِدَةً فِي هَذَا . قَالَ الْقَاضِي : الْمَذْهَبُ عِنْدِي مَا ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ . وَقَالَ^(٩) أَبُو بَكْرٍ : فِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يُجْزِئُهُ كَفَّارَةً وَاحِدَةً . وَاخْتَارَ ذَلِكَ ، وَقَالَ : هَذَا الَّذِي قُلْنَاهُ أَتْبَاعًا لِعَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، وَالْحَسَنِ ، وَعَطَاءٍ ، وَإِبْرَاهِيمَ ، وَرَبِيعَةَ ، وَقَبِيصَةَ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّ كَفَّارَةَ الظَّهَارِ / حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ تَتَكَرَّرْ بِتَكَرُّرِ سَبَبِهَا ، كَالْحَدِّ ، وَعَلَيْهِ يُخْرِجُ الطَّلَاقَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا أَيْمَانٌ مُتَكَرِّرَةٌ عَلَى أَعْيَانٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، فَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ ، كَالْوَأْدِ ثُمَّ ظَاهَرَ ، وَلَئِنْهَا أَيْمَانٌ لَا يَخْتَفِئُ فِي

ط ٨٤/٨

(٣) في ١ : م : ٥ : وجب .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في ١ : امرأة .

(٦) سقط من : ١ : ب .

(٧) وأخرج قول عمر الدارقطني ، في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣/٣١٩ . والبيهقي ، في : باب الرجل يظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة ، من كتاب الظهار . السنن الكبرى ٧/٣٨٣ . وعبد الرزاق ، في : باب المظاهر من نسائه في قول واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦/٤٣٨ ، ٤٣٩ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في الظهار ، من كتاب الطلاق . السنن ١٦/٦ .

(٨) في م زيادة : منها .

(٩) سقطت الواو من : ١ : ب ، م .

إحداها بالجنس في الأخرى ، فلا تكفرها كفارة واحدة ، كالأصل ، ولأن الظهار معني
يوجب الكفارة ، فتتعدد الكفارة بتعدد في المحال المختلفة ، كالقتل ، وبفارق الحد ،
فإنه عقوبة تلزم بالشبهات . فأنما إن ظاهر من زوجته مراراً ولم يكفر ، فكفارة واحدة ؛
لأن الجنس واحد ، فوجب^(١٠) كفارة واحدة ، كما لو كانت اليمين واحدة .

فصل : إذا ظاهر من امرأة ، ثم قال لأخرى^(١١) : أشركت معي ، أو أنت
شريكتها ، أو كهي . ونوى المظاهرة من الثانية ، صار مظاهراً منها . بغير خلاف
علمناه . وبه يقول مالك ، والشافعي . وإن أطلق ، صار مظاهراً أيضاً ، إذا كان عقيب
مظاهرة من الأولى . ذكره أبو بكر . وبه قال مالك . قال أبو الخطاب : ويحتمل أن لا
يكون مظاهراً . وبه قال الشافعي ؛ لأنه ليس بصريح في الظهار ، ولا نوى به الظهار ،
فلم يكن ظهاراً ، كما لو قال ذلك قبل أن يظاهر من الأولى ، ولأنه يحتمل أنها شريكها
في دينها ، أو في الخصومة ، أو في النكاح ، أو سوء الخلق ، فلم يخص^(١٢) بالظهار
إلا بالنية ، كسائر الكتابات . ولنا ، أن الشركة والتشبيك لابد أن يكون في شيء ،
فوجب تعليقه بالمتكبر معه ، كجواب السؤال فيما إذا قيل له^(١٣) : ألك امرأة ؟
فقال : قد طلقها . وكالعطف مع المعطوف عليه ، والصفة مع الموصوف .
وقولهم : إنه كناية لم ينو بها الظهار . قلنا : قد وجد دليل النية ، فيكتفى بها . وقولهم :
إنه يحتمل . قلنا : ما ذكرنا من القرينة يزيل الاحتمال . وإن بقي احتمال ما ، كان
مرجوحاً ، فلا يلتفت إليه ، كلاحتمال في اللفظ الصريح .

١٣١٥ - مسألة : قال (وَالْكَفَّارَةُ عَشْرٌ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ سَالِمَةٍ مِنَ الْعُيُوبِ
الْمُضَرَّةِ بِالْعَمَلِ)

(١٠) في إنيادة : ٤ هـ .

(١١) في ١ : د للأخرى .

(١٢) في الأصل : يتخصص .

(١٣) سقط من : ب .

في هذه المسألة ثلاث مسائل :

الأولى : أن كفارة المظاهر القادر على الإعتاق ، عتق رقبة ، لا يجزئ غير ذلك .
بغير خلاف علمناه^(١) بين أهل العلم . والأصل في ذلك قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾ إلى قوله : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾^(٢) . وقول النبي ﷺ لأوس بن الصامت ، حين ظاهر من امرأته : « يَتَعْتِقُ رَقَبَةً » . قلت : لا يجد . قال : « فَيَصُومُ »^(٣) . وقوله لسلمة بن صخر مثل ذلك^(٤) . فَمَنْ وَجَدَ رَقَبَةً يَسْتَعْتِقُ عَنْهَا ، أَوْ وَجَدَ ثَمَنَهَا فَاضِلًا عَنْ حَاجَتِهِ ، وَوَجَدَهَا بِهِ ، لَمْ يُجْزِئْهُ إِلَّا الْإِعْتَاقُ ؛ لِأَنَّ وُجُودَ الْمُبْدَلِ إِذَا مَنَعَ الْإِتِّفَاقَ إِلَى الْبَدْلِ ، كَانَتْ الْقُدْرَةُ^(٥) عَلَى ثَمَنِهِ تَمَنُّعَ الْإِتِّفَاقِ ، كَالْمَاءِ وَثَمَنِهِ ، يَمْتَنِعُ الْإِتِّفَاقُ إِلَى التَّيْمِمِ .

المسألة الثانية : أنه لا يجزئ إلا عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظهار ، وسائر الكفارات . هذا ظاهر المذهب . وهو قول الحسن ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي عبيد . وعن أحمد ، رواية ثانية ، أنه يجزئ فيما عدا كفارة القتل ، من الظهار وغيره ، عتق رقبة ذميمة . وهو قول عطاء ، والنخعي ، والثوري ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَطْلَقَ الرَقَبَةَ فِي هَذِهِ الْكُفَّارَةِ ، فَوَجِبَ أَنْ يُجْزِيَ مَا تَنَاقَلَ الْإِطْلَاقُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى مُعَاوِيَةُ بْنُ الْحَكَمِ ، قَالَ : كَانَتْ لِي جَارِيَةٌ ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَقُلْتُ : عَلَيَّ رَقَبَةٌ أَفَاعِثُهَا ؟ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَيْنَ اللَّهُ ؟ » قَالَتْ : فِي السَّمَاءِ . قَالَ : « مَنْ أَنَا ؟ » . قَالَتْ : أَنْتَ رَسُولُ اللَّهِ . فَقَالَ

(١) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٢) سورة المجادلة ٣ ، ٤ .

(٣) تقدم التخریج في صفحة : ٥٤ ، ٥٥ .

(٤) سقط من : ب .

رسول الله ﷺ : « أَغْنَتْهَا ؛ فَإِنَّهَا مُؤْمِنَةٌ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، وَالتَّسَائُمِيُّ^(٥) . فَعَلَّلَ جَوَازَ إِعْتَاقِهَا عَنِ الرَّقَبَةِ الَّتِي عَلَيْهِ بِأَنَّهَا مُؤْمِنَةٌ ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُجْزَى عَنِ الرَّقَبَةِ الَّتِي عَلَيْهِ إِلَّا مُؤْمِنَةٌ ، وَلَأنَّهُ تَكْفِيرٌ بِعَيْتِي ، فَلَمْ يُجْزَ إِلَّا مُؤْمِنَةٌ ، كَكْفَارَةِ الْقَتْلِ . وَالْمُطَلَّقُ يُحْمَلُ عَلَى الْمُقَيَّدِ مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ إِذَا وَجَدَ الْمَعْنَى فِيهِ ، وَلَا بُدَّ مِنْ تَقْيِيدِهِ ، فَإِنَّا أَجْمَعْنَا عَلَى أَنَّهُ لَا يُجْزَى إِلَّا رَقَبَةٌ سَلِيمَةٌ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُضِرَّةِ بِالْعَمَلِ ضَرَرًا بَيْنَنَا ، فَالتَّقْيِيدُ بِالسَّلَامَةِ مِنَ الْكُفْرِ أَوْلَى .

المسألة الثالثة : أَنَّهُ لَا يُجْزَى إِلَّا رَقَبَةٌ سَلِيمَةٌ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُضِرَّةِ بِالْعَمَلِ ضَرَرًا بَيْنَنَا ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَمْلِيكَ الْعَبْدِ مَنَافِعَهُ ، وَتَمْكِينَهُ^(٦) مِنَ التَّصَرُّفِ لِنَفْسِهِ ، وَلَا يَحْصُلُ هَذَا مَعَ مَا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ ضَرَرًا بَيْنَنَا ، فَلَا يُجْزَى الْأَعْمَى ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْعَمَلُ فِي أَكْثَرِ الصَّنَائِعِ ، وَلَا الْمُقْعَدُ ، وَلَا الْمَقْطُوعُ / الْيَدَيْنِ أَوْ الرَّجْلَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَيْنِ آلَةُ الْبَطْشِ ، فَلَا يُمَكِّنُهُ الْعَمَلُ مَعَ فَقْدِهِمَا ، وَالرَّجُلَانِ آلَةُ الْمَشْيِ ، فَلَا يَتَّهَيَّأُ لَهُ كَثِيرٌ مِنَ الْعَمَلِ مَعَ تَلَفِهِمَا . وَالشَّلْلُ كَالْقَطْعِ فِي هَذَا . وَلَا يُجْزَى الْمَجْنُونُ جُنُونًا مُطْبِقًا ، لِأَنَّهُ وَجَدَ فِيهِ الْمَعْنِيَانِ ، ذَهَابُ مَنَفَعَةِ الْجِنْسِ ، وَحُصُولُ الضَّرَرِ بِالْعَمَلِ . وَبِهَذَا كُلُّهُ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّثْبِيِّ . وَحُكِيَ عَنِ دَاوُدَ ، أَنَّهُ جَوَّزَ عَتَقَ^(٧) كُلَّ رَقَبَةٍ يَفْعُ عَلَيْهَا الْأَسْمَ ، أَخَذًا بِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا نَوْعُ كَفَّارَةٍ ، فَلَمْ يُجْزَ مَا يَفْعُ عَلَيْهِ الْأَسْمَ كَالْإِطْعَامِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُجْزَى أَنْ يُطْعِمَ مُسَوِّسًا وَلَا عَفِينًا ، وَإِنْ كَانَ يُسَمَّى طَعَامًا . وَالْآيَةُ مُقَيَّدَةٌ بِمَا ذَكَرْنَاهُ .

ط ٨٥/٨

فصل : وَلَا يُجْزَى مَقْطُوعُ الْيَدِ ، أَوْ الرَّجْلِ ، وَلَا أَشْلُهَا ، وَلَا مَقْطُوعُ إِبْهَامِ الْيَدِ ، أَوْ

(٥) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ نَحْمِ الْكَلَامِ فِي الصَّلَاةِ وَتَسْمِيَةِ مَا كَانَ مِنْ إِبَاحَةٍ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ . صَحِيحٌ مُسْلِمٌ ٣٨٢/١ . وَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْكَلَامِ فِي الصَّلَاةِ ، مِنْ كِتَابِ السُّهُورِ . الْجُزْءِ ١٤/٣ .
كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ تَشْمِيتِ الْعَاظِلِ فِي الصَّلَاةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَاةِ ، وَفِي : بَابِ فِي الرِّقَةِ الْمُؤْمِنَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَيْمَانِ وَالتَّنَوُّرِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢١٣/١ ، ٢٠٦/٢ . وَإِسْنَامُ أَحْمَدَ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٤٧/٥ - ٤٤٩ .
(٦) فِي ١ ، ب : م ، د : وَيَكُنْهُ .
(٧) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب : م .

سبائتها^(٨) ، أو الوسطى ؛ لأن نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء ، ولا يُجزئ مقطوع
 الخنصر والبصر من يد واحدة ؛ لأن نفع اليد منهما^(٩) يزول أكثره بذلك . وإن قُطعت كل
 واحدة^(١٠) من يد جاز ؛ لأن نفع الكفّين باق ، وقطع أئمة الإبهام كقطع جميعها ؛ فإن
 نفعها يذهب بذلك ؛ لكونها أئمتين ، وإن كان من غير الإبهام لم يمنع ؛ لأن منفعتها لا
 تذهب ؛ فإنها تصير كالأصابع القصار ، حتى لو كانت أصابعه كلها غير الإبهام قد
 قُطعت من كل واحدة منها أئمة ، لم يمنع . وإن قُطع من الإصبع أئمتان ، فهو
 كقطعها ؛ لأنه يذهب بمنفعتيها . وهذا جميعه مذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة :
 يُجزئ مقطوع إحدى اليدين أو إحدى الرجلين ، ولو قُطعت يده ورجله جميعا من
 خلاف أجزأ ؛ لأن منفعة الجنس باقية ، فأجزأت في الكفارة ، كالأعور ، فأما إن
 قُطعتا من وفاق ، أى من جانب واحد ، لم يُجزئ ؛ لأن منفعة الشيء تذهب . ولنا ، أن
 هذا يؤثر في العمل ، ويضر ضررا يئنا ، فوجب أن يمنع إجزاءها ، كما لو قُطعتا من
 وفاق . ويخالف العور ؛ فإنه لا يضر ضررا يئنا . والاعتبار بالضرر أولى من الاعتبار
 بمنفعة الجنس ؛ فإنه لو ذهب شمه ، أو قُطعت أذناه معا ، أجزأ مع ذهاب منفعة
 الجنس ، ولا يُجزئ الأعرج إذا كان عرجا كثيرا فاحشا ؛ لأنه يضر بالعمل ، فهو
 كقطع الرجل . وإن كان عرجا يسيرا^(١١) ، لم^(١٢) يمنع الإجزاء^(١٣) ؛ لأنه قليل
 الضرر

فصل : ويُجزئ الأعور في قولهم جميعا . وقال أبو بكر : فيه قول آخر ، لا يُجزئ ؛
 لأنه نقص يمنع التضحية والإجزاء في الهدي ، فأشبهه العمى . والصحيح

(٨) في الأصل : شيئا منها .

(٩) في م : الدين .

(١٠) سقط من : الأصل ، م .

(١١) في م : كثيرا .

(١٢) في م ، لا .

(١٣) في م : الأخرى .

ما ذكرناه ؛ فإنَّ المقصودَ تكميلُ الأحكامِ ، وتُمليكَ العبدِ المنافعِ ، / والعورُ لا يمتنعُ ذلكَ ، ولأنَّه لا يضرُّ بالعملِ ، فأشبهَ قطعَ إحدَى الأذنينِ . ويفارقُ العمى ؛ فإنه يضرُّ بالعملِ ضرراً بيّناً ، ويمتنعُ كثيراً منَ الصنائعِ ، ويذهبُ بمنفعةِ الجنسِ . ويفارقُ قطعَ إحدَى اليدينِ والرجلينِ ؛ فإنه لا يعملُ بإحداهما ما يعملُ بهما ، والأعورُ يذكركَ بإحدَى العَيْنينِ ما يذكركَ بهما . وأما الأصحيةُ والهدى ، فإنه لا يمتنعُ منهما مجرّدُ العورِ ، وإنما يمتنعُ الخسافُ العينِ ، وذهابُ العضوِ المستطابِ ، ولأنَّ الأصحيةَ يمتنعُ فيها قطعُ الأذنِ والقرنِ ، والعنقُ لا يمتنعُ فيه إلّا ما يضرُّ بالعملِ . ويُجزئُ المقطوعُ الأذنينِ . وبذلكَ قالَ أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ . وقالَ مالكٌ ، وزُفرٌ : لا يُجزئُ . لأنَّهما عُضْوَانِ فيهما الدِّيةُ ، أشبهَا اليدينِ . ولنا ، أنَّ قطعَهما لا يضرُّ بالعملِ الضررَ البينَ ، فلم يمتنعَ ، كنقصِ السَّمْعِ ، بخلافِ قطعِ اليدينِ . ويُجزئُ مقطوعُ الأُفِّ كذلك^(١٤) . ويُجزئُ الأصمُّ إذا فهمَ بالإشارةِ . ويُجزئُ الأخرسُ إذا فهمتَ إشارتهُ وفهمَ بالإشارةِ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ ، وأبى ثوري . وقالَ أصحابُ الرأيِ : لا يُجزئُ ؛ لأنَّ منفعةَ الجنسِ ذاهبةٌ ، فأشبهَ زائلَ العقلِ . وهذا المنصوصُ عليه عن أحمدَ ؛ لأنَّ الخرسَ نقصٌ كثيرٌ ، يمتنعُ كثيراً منَ الأحكامِ ، مثلُ القضاءِ ، والشهادةِ ، وأكثرُ الناسِ لا يفهمُ إشارتهُ ، فيتضررُ في تركِ استعمالِهِ . وإن اجتمعَ الخرسُ والصممُ ، فقال القاضي : لا يُجزئُ . وهو قولُ بعضِ الشافعيِّينَ ؛ لاجتماعِ التفصيلينِ فيه ، وذهابِ منفعتي الجنسِ . ووجهُ الإجزاءِ ، أنَّ الإشارةَ تقومُ مقامَ الكلامِ في الإفهامِ^(١٥) ، وثبتتْ في حقِّه أكثرُ الأحكامِ ، فيُجزئُ في العنقِ ، كالذي ذهبَ شمه . فأما الذي ذهبَ شمه فيُجزئُ ؛ لأنه لا يضرُّ بالعملِ ولا غيره . فأما المربضُ ، فإن كان مرجو البرءِ ، كالحُمى ، وما أشبهها ، أجزأ في الكفارةِ . وإن كان غيرَ مرجو الزوالِ ، كالسلِّ ، ونحوه ، لم يُجزئُ ؛ لأنَّ زواله

(١٤) في ١ ، ب ، م : ذلك .

(١٥) في الأصل : الكلام .

يَنْتَرُ ، وَلَا يَتِمَّكَنُ مِنَ الْعَمَلِ مَعَ بَقَائِهِ . وَأَمَّا يَنْصَوُ^(١٦) الْخَلْقِ ، فَإِنْ كَانَ يَتِمَّكَنُ مَعَهُ مِنَ الْعَمَلِ أَجْزَاءً ، وَالْأَفْلا . وَيُجْزِئُ الْأَحْمَقُ ، وَهُوَ الَّذِي يُخْطِئُ عَلَى بَصِيرَةٍ^(١٧) ، وَيَصْنَعُ الْأَشْيَاءَ لِغَيْرِ فَائِدَةٍ ، وَيَرَى الْخَطَأَ صَوَابًا ، وَمَنْ يُخْثِقُ فِي الْأَخْيَانِ ، وَالْخَصِيصِ ، وَالْمَعْجُوبِ ، وَالرَّفْقَاءِ ، وَالْكَبِيرِ الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ ، لَا يَنْتَفِعُ تَمْلِيكَ الْعَبْدِ مَنَافِعَهُ ، وَتَكْمِيلُ أَحْكَامِهِ ، فَيَنْحَصِلُ الْإِجْزَاءُ بِهِ كَالسَّالِمِ مِنَ الْعُيُوبِ .

فصل : وَيُجْزِئُ عِتَقُ الْجَانِي وَالْمَرْهُونِ ، وَعِتَقُ / الْمُفْلِسِ عَبْدَهُ ، إِذَا قُلْنَا بِصِحَّةِ عِتْقِهِمْ ، وَعِتَقُ الْمُذْذِبِ ، وَالْخَصِيصِ^(١٨) ، وَوُلْدُ الرِّئْىِ لِكَمَالِ الْعِتْقِ فِيهِمْ .

فصل : وَلَا يُجْزِئُ عِتَقُ الْمَعْصُوبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَمْكِينِهِ مِنْ مَنَافِعِهِ ، وَلَا غَائِبِ غَيْبَةٍ مُنْقَطِعَةٍ لَا يَعْلَمُ خَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ حَيَاتِهِ ، فَلَا يَعْلَمُ صِحَّةَ عِتْقِهِ . وَإِنْ لَمْ يَنْقَطِعْ خَيْرُهُ ، أَجْزَأُ عِتْقُهُ ؛ لِأَنَّهُ عِتَقُ صَحِيحٍ . وَلَا يُجْزِئُ عِتَقُ الْحَمِلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تُثَبِّتْ لَهُ أَحْكَامُ الدُّنْيَا ، وَلِلَّذَلِكَ لَمْ يَجِبْ فِعْلُهُ ، وَلَا يَتَيَقَّنُ أَيْضًا وَجُودَهُ ، وَحَيَاتِهِ ، وَلَا عِتَقُ أُمِّ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهَا مُسْتَحَقٌّ بِسَبَبِ غَيْرِ الْكُفَّارَةِ ، وَالْجِلْدِ فِيهَا غَيْرُ كَامِلٍ ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا . وَقَالَ طَاوُسٌ ، وَالتَّبِيُّ : يُجْزِئُ عِتْقُهَا ؛ لِأَنَّهُ عِتَقُ صَحِيحٍ . وَلَا يَجْزِئُ عِتَقُ مُكَائِبٍ أَدَّى مِنْ كِبَائِهِ شَيْئًا . وَسَتَذْكُرُ هَذَا فِي الْكُفَّارَاتِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

١٣١٦ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ ، فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَابَعَيْنِ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ الْمُظَاهَرَ إِذَا لَمْ يَجِدْ رَقَبَةً ، أَنْ قَرَضَهُ صِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَابَعَيْنِ ؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَابَعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ۖ ﴾^(١) . وَحَدِيثُ أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ ، وَسَلَمَةَ بْنِ صَحْرٍ^(٢) . وَأَجْمَعُوا عَلَى

(١٦) النُّصْرُ : الْمُجَاهِلُ .

(١٧) فِي ١ ، م : ٣ : بَصِيرَةٌ .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١) سُورَةُ الْمَجَادَلَةِ ٤ .

(٢) يُقَدِّمُ تَحْرِيحَهُمَا فِي صَفْحَةِ ٥٤ ، ٥٥ .

أَنْ مَنْ وَجَدَ رَقَبَةً فَاضِلَةً عَنْ حَاجَتِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ الْإِتِّقَالُ إِلَى الصَّيَامِ ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ رَقَبَةٌ يَحْتَاجُ إِلَى خِدْمَتِهَا لِزَمَنِ^(٣) ، أَوْ كَبِيرٍ ، أَوْ مَرَضٍ ، أَوْ عَظِيمٍ خَلْقٍ ، وَغَوَاهُ بِمَا يَعْجِزُهُ عَنْ خِدْمَةِ نَفْسِهِ ، أَوْ يَكُونُ مِمَّنْ لَا يَحْدُمُ نَفْسَهُ فِي الْعَادَةِ ، وَلَا يَجِدُ رَقَبَةً فَاضِلَةً عَنْ خِدْمَتِهِ^(٤) ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ الْإِغْتَاقُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ : مَتَى وَجَدَ رَقَبَةً ، لَزِمَهُ إِغْتَاقُهَا ، وَلَمْ يَجُزْ لَهُ الْإِتِّقَالُ إِلَى الصَّيَامِ ، سَوَاءً كَانَ مُحْتَاجًا إِلَيْهَا ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى شَرَطَ فِي الْإِتِّقَالِ إِلَى الصَّيَامِ أَنْ لَا يَجِدَ رَقَبَةً ، يَقُولُهُ : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ ﴾ . وَهَذَا وَاجِدٌ . وَإِنْ وَجَدَ ثَمَنَهَا ، وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهَا ، لَمْ يَلْزَمْ شِرَاؤها . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَلْزَمُهُ شِرَاؤها^(٥) ؛ لِأَنَّ وَجْدَانِ ثَمَنِهَا كَوَجْدَانِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ مَا اسْتَعْرَفَتْهُ حَاجَةُ الْإِنْسَانِ ، فَهُوَ كَالْمُعْدُومِ ، فِي جَوَازِ الْإِتِّقَالِ إِلَى الْبَدَلِ ، كَمَنْ وَجَدَ مَاءً يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلْعَطَشِ ، يَجُوزُ لَهُ الْإِتِّقَالُ إِلَى الشِّمِّ . وَإِنْ كَانَ لَهُ خَادِمٌ ، وَهُوَ مِمَّنْ يَحْدُمُ نَفْسَهُ عَادَةً ، لَزِمَهُ إِغْتَاقُهَا ؛ لِأَنَّهُ فَاضِلٌ عَنْ حَاجَتِهِ . بِخِلَافِ مَنْ لَمْ تَحْرِ عَادَتُهُ بِخِدْمَةِ نَفْسِهِ ، فَإِنَّ عَلَيْهِ مَشَقَّةَ فِي إِغْتَاقِ خَادِمِهِ ، وَتَضْيِيعًا لِكَثِيرٍ مِنْ حَوَائِجِهِ . وَإِنْ كَانَ لَهُ خَادِمٌ يَحْدُمُ أَمْرَانَهُ ، وَهِيَ مِمَّنْ عَلَيْهِ إِخْدَامُهَا ، أَوْ كَانَ لَهُ رَقِيقٌ / يَتَقَوَّتُ بِخَرَاஜِهِمْ ، أَوْ دَارٌ يَسْكُنُهَا ، أَوْ عَقَارٌ يَحْتَاجُ إِلَى غَلَّتِهِ لِمَوْتِهِ ، أَوْ عَرَضٌ لِلتَّجَارَةِ لَا يَسْتَغْنِي عَنْ رِبْحِهِ فِي مَوْتِهِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ الْعِثْقُ . وَإِنْ اسْتَغْنَى عَنْ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ بِمَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ رَقَبَةً ، لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِدٌ لِلرَّقَبَةِ . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ رَقَبَةٌ يَحْدُمُهُ ، يُمَكِّنُهُ بِبَيْعِهَا وَشِرَاءِ رَقَبَتَيْنِ بِثَمَنِهَا ، يَسْتَغْنِي بِخِدْمَةِ إِحْدَاهَا ، وَيَعْتَقُ الْأُخْرَى ، لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي ذَلِكَ . وَهَكَذَا لَوْ كَانَتْ لَهُ ثِيَابٌ فَاحِرَةٌ ، تَزِيدُ عَلَى مَلَابِسِ مِثْلِهِ ، يُمَكِّنُهُ بَيْعُهَا ، وَشِرَاءُ مَا يَكْفِيهِ فِي لِبَاسِهِ وَرَقَبَةٍ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ دَارٌ ، يُمَكِّنُهُ بِبَيْعِهَا ، وَشِرَاءِ مَا يَكْفِيهِ لِسُكْنَى مِثْلِهِ وَرَقَبَةٍ ، أَوْ ضَيْعَةٍ يُفْضَلُ مِنْهَا عَنْ كِفَافَتِهِ مَا يُمَكِّنُهُ بِهِ^(٦)

٨٧/٨

(٣) الزَّيْنُ : الْعِلَّةُ الْمَلَامَةُ .

(٤) لِي ١ : حَاجَتُهُ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

شِرَاءُ رَقَبَةٍ ، لَرِمَهُ . وَيُرَاعَى فِي ذَلِكَ الْكِفَايَةُ الَّتِي يَحْرُمُ مَعَهَا اخْتِذُ الزَّكَاةِ ، فَإِذَا فَضَّلَ عَنْ ذَلِكَ شَيْءٌ ، وَجَبَتْ فِيهِ الْكَفَّارَةُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ جَمِيعُهُ عَلَى نَحْوِ مِمَّا قُلْنَا . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ سَرِيَّةٌ ، لَمْ يَلْزَمْهُ^(٧) إِعْتَاقُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَيْهَا . وَإِنْ أُمِنَ كَنَّهُ بَيْعُهَا ، وَشِرَاءُ سَرِيَّةٍ أُخْرَى ، وَرَقَبَةٍ يَحْتَقِقُهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ^(٨) قَدْ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِهَا ، فَلَا يَقُومُ غَيْرُهَا مَقَامَهَا ، سَيِّمًا إِذَا كَانَ بِدُونِ تَمَنِّيْهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا حِينَ وَجُوبِ الْكَفَّارَةِ ، إِلَّا أَنْ مَالَهُ غَائِبٌ ، فَإِنْ كَانَ مَرْجُوُّ الْحُضُورِ قَرِيبًا ، لَمْ يَحْزَرْ الْإِتِّقَالُ إِلَى الصَّيَامِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْإِنْتِظَارِ لِشِرَاءِ الرَّقَبَةِ ، وَإِنْ كَانَ بَعِيدًا ، لَمْ يَحْزَرْ الْإِتِّقَالُ إِلَى الصَّيَامِ فِي غَيْرِ كَفَّارَةِ الظَّهَارِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي الْإِنْتِظَارِ . وَهَلْ يَجُوزُ ذَلِكَ فِي كَفَّارَةِ الظَّهَارِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لَوْجُودِ الْأَصْلِ فِي مَالِهِ ، فَأُشْبِهَ سَائِرَ الْكَفَّارَاتِ . وَالثَّانِي ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهِ الْمَسِيْسُ ، فَجَازَ لَهُ الْإِتِّقَالُ لِمَوْضِعِ الْحَاجَةِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ عُدِمَ الْمَاءُ أَوْ تَمَنَّهُ^(٩) ، جَازَ لَهُ الْإِتِّقَالُ إِلَى التَّيْمُمِ ، وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَيْهِمَا فِي بَلَدِهِ . قُلْنَا : الطَّهَارَةُ تُجِبُّ لِأَجْلِ الصَّلَاةِ ، وَلَيْسَ لَهُ تَأْخِيرُهَا عَنْ وَفْقِهَا ، فَدَعَيْتُ^(١٠) الْحَاجَةَ إِلَى الْإِتِّقَالِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، وَلَأَنَّا لَوْ مَتَّعْنَاهُ مِنَ التَّيْمُمِ لَوْجُودَ الْقُدْرَةِ فِي بَلَدِهِ ، بَطَلَتْ رُخْصَةُ التَّيْمُمِ ، فَإِنَّ كُلَّ أَحَدٍ يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ وَجَدَ تَمَنَّ الرَّقَبَةَ ، وَلَمْ يَجِدْ رَقَبَةً يَشْتَرِيهَا ، فَلَهُ الْإِتِّقَالُ إِلَى الصَّيَامِ ، كَمَا لَوْ وَجَدَ تَمَنَّ الْمَاءِ وَلَمْ يَجِدْ مَا يَشْتَرِيهِ . وَإِنْ وَجَدَ رَقَبَةً تُبَاعُ بِزِيَادَةٍ عَلَى^(١١) تَمَنِّيِ الْمِثْلِ تُجْجِفُ بِمَالِهِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شِرَاؤها ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تُجْجِفُ بِمَالِهِ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى الرَّقَبَةِ / يَتَمَنَّى يَقْدِرُ عَلَيْهِ ، لَا

(٧) فِي م : يَلْزَمُهَا .

(٨) فِي ب : الْعَرَضُ .

(٩) فِي الْأَصْلِ ، ١ : م : وَتَمَنَّهُ .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : دَعَيْتُهُ .

(١١) فِي ب : ١ : عَنْ .

يُجْحِفُ به ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ يَبْعَثُ بِعَمَلٍ مِثْلِهَا . والثاني ، لَا يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِدْ رَقَبَةً^(١٢) بِعَمَلٍ مِثْلِهَا ، أَشْبَهَ الْعَادِمَ . وَأَصْلُ الْوَجْهَيْنِ ، الْعَادِمُ لِلْمَاءِ إِذَا وَجَدَهُ بِزِيَادَةٍ عَلَى ثَمَنِ مِثْلِهِ ، فَإِنْ وَجَدَ رَقَبَتَهُ بِعَمَلٍ مِثْلِهَا ، إِلَّا أَنَّهَا رَقَبَةٌ رَفِيعَةٌ ، يُمَكِّنُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِثَمَنِهَا رِقَابًا مِنْ غَيْرِ جَنْسِهَا ، لَزِمَهُ شِرَاؤها ؛ لِأَنَّهَا بِعَمَلٍ مِثْلِهَا ، وَلَا يُعَدُّ شِرَاؤها بِذَلِكَ الثَّمَنِ ضَرَرًا ، وَإِنَّمَا الضَّرَرُ فِي إِعْتَاقِهَا ، وَذَلِكَ لَا يَمْتَنِعُ الْوُجُوبُ ، كَمَا لَوْ كَانَ^(١٣) مَالِكًا لَهَا^(١٤) .

١٣١٧ - مسألة : قال : (فَإِنْ أَفْطَرَ فِيهِمَا^(١) مِنْ غُذِيَّتِي ، وَإِنْ أَفْطَرَ مِنْ غَيْرِ غُذِيَّتِي)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى وَجُوبِ التَّائِبِ فِي الصَّيَامِ فِي كَفَّارَةِ الظَّهَارِ ، وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ مَنْ صَامَ بَعْضَ الشَّهْرِ ، ثُمَّ قَطَعَهُ لَغَيْرِ غُذِيَّتِي ، وَأَفْطَرَ ، أَنَّ عَلَيْهِ اسْتِثْنَاءَ الشَّهْرَيْنِ ؛ وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ لَوُرُودِ لَفِظِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ بِهِ ، وَمَعْنَى التَّائِبِ الْمَوَالاةُ بَيْنَ صِيَامِ أَيَّامِهَا^(٢) ، فَلَا يُفْطَرُ فِيهِمَا^(٣) ، وَلَا يَصُومُ عَنْ^(٤) غَيْرِ الْكَفَّارَةِ . وَلَا يَفْتَقِرُ التَّائِبُ إِلَى نِيَّةٍ ، وَيَكْفِيهِ فِعْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ ، وَشَرَائِطُ الْعِبَادَاتِ لَا تَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ ، وَإِنَّمَا تَجِبُ النِّيَّةُ لِأَفْعَالِهَا . وَهَذَا أَحَدُ الْوُجُوهِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، أَنَّهَا وَاجِبَةٌ لِكُلِّ لَيْلَةٍ ؛ لِأَنَّ ضَمَّ الْعِبَادَةِ إِلَى الْعِبَادَةِ إِذَا كَانَ شَرْطًا ، وَجَبَتِ النِّيَّةُ فِيهِ ، كَالْجَمْعِ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ . وَالثَّالِثُ ، يَكْفِي^(٥) نِيَّةُ التَّائِبِ فِي اللَّيْلَةِ الْأُولَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَتَأَيُّعٌ وَاجِبٌ فِي الْعِبَادَةِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى نِيَّةٍ ، كَالْمُتَابَعَةِ بَيْنَ الرُّكْعَاتِ . وَيُفَارِقُ الْجَمْعُ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ ،

(١٢) سقط من : ب .

(١٣-١٤) في أ : مَالِكُهَا .

(١) في الأصل ، م : فِيهَا .

(٢) أى : الْكَفَّارَةُ . وَوَيْ م : أَيَّامُهَا .

(٣) أى في الشهرين . وَوَيْ ب ، م : فِيهَا .

(٤) سقط من : م .

(٥) في أ ، ب ، م : يَكْفِي .

فإن ذلك رخصة ، فافقر إلى ينة الترخيص . وما ذكروه يتنقض بالتابعة بين الركعات .
وأجمع أهل العلم على أن الصائمة متتابعة ، إذا حاضت قبل إتمامه ، تنقض إذا
طهرت ، وثبت . وذلك لأن الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين إلا بتأخيرهما إلى
الإياس ، وفيه تغير بالصوم ؛ لأنها ربما ماث قبله . والنفس كالحيض ، في أنه لا
يقطع التابع ، في أحد الوجهين ؛ لأنه بمنزلة في أحكامه ، ولأن الفطر لا يحصل فيهما
يفعلهما ، وإنما ذلك الزمان كزمان الليل في حقهما . والوجه الثاني ، أن النفس يقطع
التابع ؛ لأنه فطر أمكن التحرز منه ، لا يتكرر كل عام . فقطع التابع ، كالفطر لغير
عذر . ولا يصح قياسه على الحيض ؛ لأنه أندر منه ، ويمكن التحرز عنه . وإن أفطر
لمرض مخوف ، لم يقطع التابع أيضا . روى ذلك عن ابن عباس . وبه قال ابن
المسيب / ، والحسن ، وعطاء ، والشعبي ، وطاوس ، ومجاهد ، ومالك ،
ولسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، والشافعي في القديم . وقال في
الجديد : يقطع التابع . وهذا قول سعيد بن جبير ، والنخعي ، والحكم ، والثوري ،
وأصحاب الرأي ؛ لأنه أفطر بفعله ، فلزمه الاستئناف ، كما لو أفطر لسفر . ولنا ، أنه
أفطر بسبب^(٦) لا صنع له فيه ، فلم يقطع التابع ، كما فطر المرأة للحيض . وما ذكروه
من الأصل ممنوع . وإن كان المرض غير مخوف ، لكنه يبيح الفطر ، فقال أبو
الخطاب : فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يقطع التابع ؛ لأنه مرض أباح الفطر ، أشبه
المخوف . والثاني ، يقطع التابع ؛ لأنه أفطر اختيارا ، فاقطع التابع ، كما لو أفطر
لغير عذر . فأما الحامل والمرضع ، فإن أفطرتا خوفا على أنفسهما ، فهما كالمرضي ،
وإن أفطرتا خوفا على ولديهما . ففيهما وجهان ؛ أحدهما ، لا يقطع التابع . اختاره
أبو الخطاب ؛ لأنه فطر أبيع لهما بسبب لا يتعلق باختيارهما ، فلم يقطع التابع ، كما لو
أفطرتا خوفا على أنفسهما . والثاني ، يقطع ؛ لأن الخوف على غيرهما ، ولذلك
يلزمهما الفدية مع القضاء . وإن أفطر لجنون ، أو إغماء ، لم يقطع التابع ؛ لأنه

٨٨/٨

عَذْرٌ لَا صَنَعَ لَهُ فِيهِ ، فَهُوَ كَالْحَيْضِ .

فصل : وَإِنْ أَفْطَرَ لِسِتْرِ مُبِيحٍ لِلْفِطْرِ ، فَكَلَامُ أَحَدٍ يَحْتِمِلُ الْأَمْرَيْنِ ؛ وَأَظْهَرُهُمَا ، أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ التَّائِبُ ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرَمِ : كَانَ السَّفَرُ غَيْرَ الْمَرَضِ ، وَمَا يَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ أَوْ كَذَلِكَ مِنْ رَمَضَانَ . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ التَّائِبُ . وَهَذَا قَوْلُ الْحَسَنِ . وَيَحْتِمِلُ أَنْ يَنْقَطِعَ بِهِ التَّائِبُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَاسْتَخْلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فَصَنَعَهُ مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ كَالْمَرَضِ . وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ : يَنْقَطِعُ التَّائِبُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ السَّفَرَ يَحْصُلُ بِاخْتِيَارِهِ ، فَقَطَعَ التَّائِبُ ، كَمَا لَوْ أَفْطَرَ لَغَيْرِ عَذْرِ . وَوَجْهٌ الْأَوَّلُ ، أَنَّهُ فِطْرٌ لِعَذْرِ مُبِيحٍ لِلْفِطْرِ^(٧) ، فَلَمْ يَنْقَطِعْ بِهِ التَّائِبُ ، كَمَا فِطَرَ الْمَرْأَةَ لِلْحَيْضِ^(٨) ، وَفَارَقَ الْفِطْرَ لَغَيْرِ عَذْرِ ، فَإِنَّهُ لَا يَبَاحُ . وَإِنْ أَكَلَ يَظُنُّ أَنَّ الْفَجْرَ لَمْ يَطْلُعْ ، وَقَدْ كَانَ طَلَعَ ، أَوْ أَفْطَرَ يَظُنُّ أَنَّ الشَّمْسَ قَدْ غَابَتْ ، وَلَمْ تَغِبْ ، أَفْطَرَ . وَيَتَخَرَّجُ فِي الْقِطَاعِ التَّائِبُ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَنْقَطِعُ ؛ لِأَنَّهُ فِطْرٌ لِعَذْرِ . وَالثَّانِي ، يَنْقَطِعُ^(٩) التَّائِبُ ؛ لِأَنَّهُ يَفْعَلُ أَخْطَأَ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ ظَنَّ أَنَّهُ قَدْ أَتَمَّ الشَّهْرَيْنِ فَبَانَ خِلَافُهُ . وَإِنْ / أَفْطَرَ نَاسِيًا لِلْوُجُوبِ التَّائِبُ ، أَوْ جَاهِلًا بِهِ أَوْ^(١٠) ظَنًّا مِنْهُ أَنَّهُ قَدْ أَتَمَّ الشَّهْرَيْنِ ، انْقَطَعَ التَّائِبُ ؛ لِأَنَّهُ أَفْطَرَ لِحَبْلِهِ ، فَقَطَعَ التَّائِبُ ، كَمَا لَوْ ظَنَّ أَنَّ الْوَاجِبَ شَهْرٌ وَاحِدٌ . وَإِنْ أَكْرَهَ عَلَى الْأَكْلِ أَوْ الشَّرْبِ^(١١) ، بَانَ أَوْ جَرَّ الطَّعَامَ أَوْ الشَّرَابَ ، لَمْ يُفْطِر . وَإِنْ أَكَلَ خَوْفًا ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُفْطِرُ . وَلَمْ يَذْكُرْ غَيْرَ ذَلِكَ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُفْطِرُ . فَعَلَى ذَلِكَ هَلْ يَنْقَطِعُ التَّائِبُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَقْطَعُهُ ؛ لِأَنَّهُ عَذْرٌ مُبِيحٌ لِلْفِطْرِ ، فَأَشْبَهَ الْمَرَضَ . وَالثَّانِي : يَنْقَطِعُ التَّائِبُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَفْطَرَ يَفْعَلُهُ لِعَذْرِ نَادِرٍ .

ط ٨٨/٨

(٧) ق م : : فقطع : خطأ .

(٨) ق م : : بالحَيْض .

(٩) كذا ، والأَوْق : : ينقطع .

(١٠) سقط من : م .

(١١) قِي الْأَصْل ، ا : : والشرب .

فصل : وإن أفطر في أثناء الشهرين لغير عذر ، أو قطع التتابع بصوم نذر ، أو قضاء ، أو تطوع ، أو كفارة أخرى ، لزومه استئناف الشهرين ؛ لأنه أنحل بالتتابع المشترط^(١٢) ، ويقع صومه عما نواه ، لأن هذا الزمان ليس بمستحق متعين للكفارة ، ولهذا يجوز صومها في غيره ، بخلاف شهر رمضان ، فإنه متعين لا يصلح لغيره . وإذا كان عليه^(١٣) نذر صوم^(١٤) غير معين ، أخره إلى فراغه من الكفارة . وإن كان متعينا في وقت بعينه ، أخر الكفارة عنه ، أو قدمها عليه إن أمكن . وإن كان أياما من كل شهر ، كيوم الخميس ، أو أيام البيض ، قدم الكفارة عليه ، وقضاه بعدها ؛ لأنه لو وقى بنذره لاقطع التتابع ، ولزومه الاستئناف ، فيمضي إلى أن لا يتمكن من التكفير ، والنذر يمكن قضاؤه ، فيكون هذا عذرا في تأخيره كالمرض^(١٥) .

١٣١٨ - مسألة : قال : (وإن أصابها في ليالي الصوم ، أفسد ما مضى من صيامه ، وابتدأ الشهرين)

وهذا قال مالك ، والثوري ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾^(١) . فأمر بهما خاليتين عن وطء ، ولم يأت بهما على ما أمر ، فلم يُجزئه ، كما لو وطئ نهارا ، ولأنه تحريم للوطء لا يختص النهار ، فاستوى فيه الليل والنهار كالاغتلاف . وروى الأثر عن أحمد ، أن التتابع لا ينقطع بهذا ، ويبنى . وهو مذهب الشافعي ، وأبي ثور ، وابن المنذر ؛ لأنه وطء لا يبطل الصوم ، فلا يوجب الاستئناف ، كوطء غيرها ، ولأن التتابع في الصيام عبارة عن إباحة صوم يوم للذي قبله ، من غير فارق ، وهذا متحقق وإن وطئ ليلا ، وإزتكاب النهي

(١٢) في م : المشروط .

(١٣-١٤) في ب ، م : صوم نذر .

(١٤) في الأصل ، م : كالمرض .

(١) سورة المجادلة ٤ .

فِي الْوُطْءِ قَبْلَ إِثْمَامِهِ إِذَا لَمْ يُخْلَ بِالتَّائِبِ الْمُشْتَرَطِ ، لَا يَمْنَعُ صِحَّتَهُ وَإِجْزَاءَهُ ، كَالْوُطْئِ قَبْلَ الشَّهْرَيْنِ ، أَوْ لَوْ (٢) وَطِئَ لَيْلَةَ أَوَّلِ الشَّهْرَيْنِ وَأَصْبَحَ صَائِمًا ، وَالْإِتْيَانُ / بِالصَّيَامِ قَبْلَ التَّمَاسُّ فِي حَقِّ هَذَا لَا سَبِيلَ إِلَيْهِ ، سَوَاءَ بَنَى أَوْ اسْتَأْنَفَ . وَإِنْ وَطِئَهَا ، أَوْ وَطِئَ غَيْرَهَا ، فِي نَهَارِ الشَّهْرَيْنِ عَامِدًا ، أَفْطَرَ ، وَانْقَطَعَ التَّائِبُ ، إِجْمَاعًا ، إِذَا كَانَ غَيْرَ مَعْدُورٍ . وَإِنْ وَطِئَهَا ، أَوْ وَطِئَ غَيْرَهَا ، نَهَارًا نَاسِيًا ، أَفْطَرَ ، وَانْقَطَعَ التَّائِبُ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْوُطْءَ لَا يُعْذَرُ فِيهِ بِالنَّسْيَانِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ (٣) لَا يُفْطِرُ ، وَلَا يَنْقَطِعُ التَّائِبُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبْنِ ثَوْرٍ ، وَابْنِ الْمُثَنِّبِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ الْمُفْطِرُ نَاسِيًا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ أَكَلَ نَاسِيًا . وَإِنْ أُبِيحَ لَهُ الْفِطْرُ لَعُذِرَ ، فَوُطِئَ غَيْرَهَا نَهَارًا ، لَمْ يَنْقَطِعِ التَّائِبُ ، لِأَنَّ الْوُطْءَ لَا أَثَرَ لَهُ فِي قَطْعِ التَّائِبِ . وَإِنْ وَطِئَهَا ، كَانَ كَوُطِئِهَا لَيْلًا ، هَلْ يَنْقَطِعُ (٤) التَّائِبُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ وَطِئَ غَيْرَهَا لَيْلًا ، لَمْ يَنْقَطِعِ التَّائِبُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ عَلَيْهِ ، وَلَا هُوَ مُخِلٌّ بِإِتْبَاعِ الصَّوْمِ الصَّوْمَ ، فَلَمْ يَنْقَطِعْ (٥) التَّائِبُ ، كَالْأَكْلِ لَيْلًا . وَلَيْسَ فِي هَذَا اخْتِلَافٌ تَعْلَمُهُ . وَإِنْ لَسَسَ الْمُظَاهَرَ مِنْهَا ، أَوْ بَاشَرَهَا دُونَ الْفَرْجِ عَلَى وَجْهِ يُفْطِرُ بِهِ ، قَطَعَ التَّائِبُ ؛ لِإِخْلَالِهِ بِمَوَالَةِ الصَّيَامِ ، وَإِلَّا فَلَا يَنْقَطِعُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٣١٩ - مسألة : قَالَ : (فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِيعْ ، فَيَأْطَعَامُ سِتِينَ مَسْكِينًا)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الْمُظَاهَرَ إِذَا لَمْ يَجِدِ الرَّقَبَةَ ، وَلَمْ يَسْتَطِيعِ الصَّيَامَ ، أَنْ فَرَضَهُ إِطْعَامُ سِتِينَ مَسْكِينًا ، عَلَى مَا أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ ، وَجَاءَ فِي سُنَّةِ نَبِيِّهِ ﷺ ، سَوَاءً عَجَزَ عَنِ الصَّيَامِ لِكِبَرِهِ ، أَوْ مَرَضٍ يَخَافُ بِالصَّوْمِ تَبَاطُؤَهُ أَوْ الزَّهَادَةَ فِيهِ ، أَوْ الشَّقِيقَ فَلَا يَصْبِرُ فِيهِ عَنِ الْجِمَاعِ ، فَإِنَّ (١) أَوْسَ بْنَ الصَّامِتِ ، لَمَّا أَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالصَّيَامِ ، قَالَتْ

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) لِي ب : يقطع .

(٥) لِي م : يقطع .

(١) لِي ب : قال .

امراته : يا رسول الله ، إنه شيخ كبير ، ما به من صيام . قال : « فَلْيُطْعِمَ سِتِّينَ مِسْكِينًا »^(٢) . ولما أَمَرَ سَلَمَةَ بْنَ صَحْرٍ بالصَّيَامِ قال : وهل أَصَبْتُ الَّذِي أَصَبْتُ إِلَّا مِنْ الصَّيَامِ اِقَالَ : « فَأَطْعِم »^(٣) . فَتَقَلَّه إِلَى الإِطْعَامِ لَمَّا أَخِيرَ أَنَّ بِهِ مِنَ الشَّقِيقِ وَالشَّهْوَةِ مَا يَمْنَعُهُ مِنَ الصَّيَامِ . وَقَسْنَا عَلَى هَذَيْنِ مَا يُشَبِّهُهُمَا فِي مَعْنَاهُمَا . وَيَجُوزُ أَنْ يَتَّقِلَ إِلَى الإِطْعَامِ إِذَا عَجَزَ عَنِ الصَّيَامِ لِلْمَرَضِيِّ ، وَإِنْ كَانَ مُرْجُو الزَّوَالِ ؛ لَدُخُولِهِ فِي قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَاطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . وَلَئِنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّ لَهُ نَهَايَةً ، فَأَشَبَّهُ الشَّقِيقَ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَّقِلَ لِأَجْلِ السَّفَرِ ؛ لِأَنَّ السَّفَرَ لَا يُعْجِزُهُ^(٤) عَنِ الصَّيَامِ ، وَلَهُ نَهَايَةٌ يَنْتَهِي إِلَيْهَا ، وَهُوَ مِنْ أَفْعَالِهِ الْإِخْتِيَارِيَّةِ . وَالْوَاجِبُ فِي الإِطْعَامِ إِطْعَامُ / سِتِّينَ مِسْكِينًا ، لَا يُجْزِئُهُ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَوْ أَطْعَمَ مِسْكِينًا وَاحِدًا فِي سِتِّينَ يَوْمًا ، أَجْزَأَهُ . وَحَكَاهُ الْقَاضِي أَبُو الْحَسَنِ رَوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْمُسْكِينَ لَمْ يَسْتَوْفِ قُوَّتَ يَوْمِهِ مِنْ هَذِهِ الْكُفَّارَةِ ، فَجَازَ أَنْ يُعْطَى مِنْهَا ، كَالْيَوْمِ الْأَوَّلِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَاطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . وَهَذَا لَمْ يُطْعِمَ إِلَّا وَاحِدًا ، فَلَمْ يَمْتَثِلِ الْأَمْرَ ، وَلَئِنَّهُ لَمْ يُطْعِمَ سِتِّينَ مِسْكِينًا ، فَلَمْ يُجْزِئِهِ ، كَمَا لَوْ دَفَعَهَا إِلَيْهِ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ ، وَلَئِنَّهُ لَوْ جَازَ الدَّفْعُ إِلَيْهِ فِي أَيَّامٍ ، لَجَازَ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ ، كَالزَّكَاةِ وَصَدَقَةِ الْفَطْرِ ، يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ اللَّهَ أَمَرَ بِعَدَدِ الْمَسَاكِينِ ،^(٥) لَا بِعَدَدِ الْأَيَّامِ ، وَقَائِلُ هَذَا يَغْتَبِرُ عَدَدَ الْأَيَّامِ دُونَ عَدَدِ الْمَسَاكِينِ^(٦) ، وَالْمَعْنَى فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ حَقَّهُ مِنْ هَذِهِ الْكُفَّارَةِ ، وَفِي الْيَوْمِ الثَّانِي قَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ مِنْهَا ، وَأَخَذَ مِنْهَا قُوَّتَ يَوْمٍ ، فَلَمْ يُجْزِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي ، كَمَا لَوْ أَوْصَى إِنْسَانٌ بِشَيْءٍ لِسِتِّينَ مِسْكِينًا .

٨٩/٨ ط

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٥٥ .

(٤) في ب : يعجز . .

(٥-٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

١٣٢٠ - مسألة ، قال : (لِكُلِّ مَسْكِينٍ مُدٌّ مِنْ بُرٍّ أَوْ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ)

وجملة الأمر ، أن قَدَرَ الطَّعَامُ فِي الْكَفَّارَاتِ كُلُّهَا مُدٌّ مِنْ بُرٍّ لِكُلِّ مَسْكِينٍ ، أَوْ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ . وَمِمَّنْ قَالَ : مُدٌّ بُرٍّ . زُهْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَابْنُ عَمْرٍ . حَكَاهُ عَنْهُمْ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَرَوَاهُ عَنْهُمْ الْأَثَرُ ، وَعَنْ عَطَاءٍ ، وَسَلِيمَانَ بْنِ مُوسَى . وَقَالَ سَلِيمَانُ بْنُ يَسَارٍ : أَذْرَكْتُ النَّاسَ إِذَا أُعْطُوا فِي كَفَّارَةِ الْيَمِينِ ، أُعْطُوا ^(٦) مُدًّا مِنْ جَنْطَةِ بِالْمُدِّ الْأَصْغَرِ ، مُدُّ النَّبِيِّ ﷺ . وَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ : يُطْعَمُ مُدًّا مِنْ أَى الْأَنْوَاعِ كَانَ . وَهَذَا قَالَ عَطَاءٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٧) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَطَاءٍ ، عَنْ أَوْسِ بْنِ أَخِي عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُعْطِيَ - يَعْنِي الْمُظَاهِرَ - خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ ، إِطْعَامَ سِتِّينَ مَسْكِينًا . وَرَوَى الْأَثَرُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ فِي حَدِيثِ الْمُجَامِيعِ فِي رَمَضَانَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِعَرَقٍ فِيهِ خَمْسَةُ عَشَرَ صَاعًا ، فَقَالَ : « خُذْهُ وَصَدِّقْ بِهِ » ^(٨) . وَإِذَا ثَبَتَ فِي الْمُجَامِيعِ بِالْخَبَرِ ، ثَبَتَ فِي الْمُظَاهِرِ بِالْقِيَاسِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ إِطْعَامٌ وَاجِبٌ ، فَلَمْ يَخْتَلَفْ بِاخْتِلَافِ أَنْوَاعِ الْمُخْرَجِ ، كَالْفِطْرَةِ وَفِدْيَةِ الْأَذَى . وَقَالَ مَالِكٌ : لِكُلِّ مَسْكِينٍ مُدَّانِ مِنْ جَمِيعِ الْأَنْوَاعِ . وَمِمَّنْ قَالَ : مُدَّانِ مِنْ قَمْحٍ ؛ مُجَاهِدٌ ، وَعِكْرِمَةُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحْعِيُّ ^(٩) ؛ لِأَنَّهَا كَفَّارَةٌ تَشْتَمِلُ عَلَى صِيَامٍ وَإِطْعَامٍ ، فَكَانَ لِكُلِّ مَسْكِينٍ نِصْفُ صَاعٍ ، كِفْدِيَّةُ الْأَذَى . وَقَالَ الشَّوَرِيُّ ، وَأَصْحَابُ / الرَّأْيِ : مِنَ الْقَمْحِ مُدَّانِ ، وَمِنَ التَّمْرِ وَالشَّعِيرِ صَاعٌ ، لِكُلِّ مَسْكِينٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي حَدِيثِ سَلَمَةَ بْنِ صَخْرٍ : « فَأَطْعِمْ وَسَقِّمْ مِنْ تَمْرٍ » . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي « الْمُسْنَدِ » ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُمَا ^(١٠) . وَرَوَى الْحَلَّالُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ يُونُسَ بْنِ

٩٠/٨

(٦) سقط من : م .

(٧) في : باب في الظهار . من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١/١٤١ .

(٨) تقدم تخريجه في : ٣٦٦/٤ ، وبُضِافَ إِلَيْهِ : وَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/٢٠٨ .

(٩) سقط من : أ .

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٥٥ .

عبد الله بن سلام ، عن خُوَيْلَةَ : فقال لى رسول الله ﷺ : « فليُطْعِمَ سِتِّينَ مِسْكِينًا وَسَقَا مِنْ ثَمَرٍ » . وفى رواية أبى داود : « وَالْعَرَقَ سِتُّونَ صَاعًا »^(١١) . وَرَوَى ابْنُ ماجه^(١٢) ، بإسناده عن ابن عباس ، قال : كَفَّرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِصَاعٍ مِنْ ثَمَرٍ ، وَأَمَرَ النَّاسَ : « فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَنَصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ » . وَرَوَى الْأَثَرُمُ ، بإسناده عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قال : أُطْعِمَ عَنَى صَاعًا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ شَعِيرٍ ، أَوْ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ^(١٣) . وَلَا كُنْهُ إِطْعَامُ لِلْمَسَاكِينِ ، فَكَانَ صَاعًا مِنَ الثَّمَرِ وَالشَّعِيرِ ، أَوْ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ ، كَصَدَقَةِ الْفَطْرِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، ثنا إِسْمَاعِيلُ ، ثنا أَيُّوبُ ، عَنْ أَبِي يَزِيدَ^(١٤) الْمَدَنِيِّ : قال : جَاءَتْ امْرَأَةٌ مِنْ بَنِي بَيَاضَةَ بِنِصْفِ وَسْقٍ شَعِيرٍ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْمُظَاهِرِ : « أُطْعِمُ هَذَا ، فَإِنْ مُدِّى شَعِيرٍ مَكَانَ مُدٍّ بُرٍّ »^(١٥) . وَهَذَا نَصٌّ . وَيَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مُدٌّ بُرٍّ ، أَنَّهُ قَوْلُ زَيْدٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عُمَرَ ، وَأَبَى هُرَيْرَةَ ، وَلَمْ نَعْرِفْ لَهُمْ فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفًا^(١٦) ، فَكَانَ إِجْمَاعًا^(١٧) . وَيَدُلُّ عَلَى^(١٨) أَنَّهُ نِصْفُ صَاعٍ مِنَ الثَّمَرِ أَوْ الشَّعِيرِ^(١٩) ، مَا رَوَى عَطَاءُ بْنُ يَسَّارٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِحُوَيْلَةَ^(٢٠) امْرَأَةُ أَوْسٍ بْنِ الصَّامِتِ : « اذْهَبِي إِلَى فُلَانٍ الْأَنْصَارِيِّ ، فَإِنَّ عِنْدَهُ شَطْرَ وَسْقٍ مِنْ ثَمَرٍ ، أُخْبِرْنِي أَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ ، فَلْتَأْخُذْ بِهِ ، فَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ عَلَى سِتِّينَ مِسْكِينًا »^(٢١) . وَفِي حَدِيثِ أَوْسٍ بْنِ الصَّامِتِ أَنَّ

(١١) حديث خويلدة تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ عن غير الخلال .

(١٢) في : باب كم يطعم في كفارة الجبن ، من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ٦٨٢ / ١ .

(١٣) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم ، من كتاب الأيمان والنذور . المصنف

٥٠٧ / ٨ .

(١٤) في ب : زهد . وتقدم تصحيحه في : ٣٨٣ / ٤ .

(١٥) تقدم تخريجه في : ٣٨٣ / ٤ ، ورفع منه المسند .

(١٦) في الأصل : مخالفة .

(١٧-١٨) في أ ، ب ، م : وعلى .

(١٨) في الأصل ، ب ، م : والشعير .

(١٩) في النسخ : لحولة .

(٢٠) أخرجه البيهقي ، في : باب من له الكفارة بالإطعام ، من كتاب الطهارة . السنن الكبرى ٣٨٩ / ٧ ، ٣٩٠ .

وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في الطهارة ، من كتاب الطلاق . السنن ١٥٢ / ١ .

الشيء عليه قال : « إني سأعينه بقرق من تمر » . قلت : يا رسول الله ، فإني سأعينه بقرق آخر . قال : « قد أحسنت ، اذهبي فأطعمي بها عنه »^(٢١) ستين مسكينا ، وأرجعي إلى أبي عمك »^(٢٢) . وروى أبو داود ، بإسناده عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ، أنه قال : العرق زبيب يأخذ خمسة عشر صاعا . ففرقان يكونان ثلاثين صاعا ، لكل مسكين نصف صاع ، ولأنها كفارة تستعمل على صيام وإطعام ، فكان لكل مسكين نصف صاع من التمر والشعير ، كقضية الأذى . فأما رواية أبي داود أن « العرق ستون صاعا »^(٢٣) . فقد ضعفها وقال : غيرها أصح منها . وفي الحديث ما يدل على الضعف ؛ لأن ذلك في سياق قوله : « إني سأعينه بقرق » . فقالت امرأته : إني سأعينه / بقرق آخر . قال : « فأطعمي بها عنه ستين مسكينا » . فلو كان العرق ستين صاعا ، لكانت الكفارة مائة وعشرين صاعا ، ولا قائل به . وأما حديث المجاميع الذي أعطاه خمسة عشر صاعا ، فقال : « تصدق به »^(٢٤) . فيحتل أنه اقتصر عليه إذ^(٢٥) لم يجز سواه^(٢٦) ، ولذلك لما أخبره بحاجته إليه أمره بأكله . وفي الحديث المتفق عليه^(٢٧) : « قريب من عشرين صاعا » . وليس ذلك مذهبا لأحد^(٢٨) ، فيدل على أنه

- (٢١-٢٠) في ١ : ١ : بهما .
 (٢٢) تقدم تحريجه في : صفحة ٥٤ .
 (٢٣) في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١/٥١٤ .
 (٢٤) تقدم تحريجه في : ٣٦٦/٤ .
 (٢٥) في ١ ، م : ١ : إذا .
 (٢٦) في ب : ١ : غيره .
 (٢٧) يعني به حديث أبي هريرة ، الذي أخرجه البخاري ، في : باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتصدق عليه فليكفر ، من كتاب الصوم . صحيح البخاري ٤١/٣ . ومسلم ، في : باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم ... ، من كتاب الصيام . صحيح مسلم ٧٨١/٢ . ولم يرد فيه عندهما تعيين مقدار المكمل أنه قريب من عشرين صاعا ، كما أورد المؤلف . وأخرجه ابن خزيمة ، في : باب ذكر الدليل على أن النبي ﷺ إنما أمر بهذا الجماع بالصدقة ... ، من كتاب الصيام . صحيح ابن خزيمة ٢١٩/٣ . وأبو داود ، في : باب كفارة من أتى أهله في رمضان ، من كتاب الصيام . سنن أبي داود ٥٥٨/١ . والبيهقي ، في : باب رواية من روى الأمر بقضاء يوم ... ، من كتاب الصيام . السنن الكبرى ٢٢٧/٤ . وعبد الرزاق ، في : باب من يظل الصيام ... ، من كتاب الصيام . المصنف ١٩٥/٤ . وانظر : فتح الباري ٤/ ١٦٩ .
 (٢٨) في ١ ، م : ١ : لأحمد .

اقتصَرَ على البَغْضَى الذى لم يُجَدِّ مِوَاهُ . وحديثُ أوسِ ابنِ أخِي عُبَادَةَ مُرْسَلٌ ، يَرَوِيهِ عَنْهُ عَطَاءٌ ولم يُدْرِكْهُ ، على أَنَّهُ حُجَّةٌ لَنَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ عَرَقًا ، وَأَعَانَتْهُ امْرَأَتُهُ بِأَخَرٍ ، فَصَارَا جَمِيعًا ثَلَاثِينَ صَاعًا . وسائرُ الْأَخْبَارِ تُجْمَعُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَخْبَارِنَا بِحَمْلِهَا عَلَى الْجَوَازِ ، وَأَخْبَارُنَا عَلَى الْإِجْزَاءِ ، وَقَدْ عَصَدَ هَذَا أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ رَأَى بَعْضُهَا ، وَمَذْهَبُهُ أَنَّ الْمُدَّ مِنْ الْبَرِّ يُجْزَى ، وَكَذَلِكَ أَبُو هُرَيْرَةَ ، وَسَائِرُ مَا ذَكَّرْنَا مِنَ الْأَخْبَارِ ، مَعَ الْإِجْمَاعِ الَّذِي نَقَلَهُ سُلَيْمَانُ بْنُ بَسَّارٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَيَقَى الْكَلَامُ فِي الْإِطْعَامِ فِي أُمُورٍ ثَلَاثَةٍ ؛ كَيْفِيَّتُهُ ، وَجِنْسُ الطَّعَامِ ، وَمُسْتَحِقُّهُ . فَأَمَّا كَيْفِيَّتُهُ ، فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْوَاجِبَ تَمْلِيكَ كُلِّ إِنْسَانٍ مِنَ الْمَسَاكِينِ ^(٢٩) الْقَدْرَ ^(٣٠) الْوَاجِبَ لَهُ مِنَ الْكُفَّارَةِ ، وَلَوْ غَدَى الْمَسَاكِينُ أَوْ عَشَائُهُمْ لَمْ يُجْزَئِهِ ، سَوَاءً فَعَلَ ذَلِكَ بِالْقَدْرِ الْوَاجِبِ ، أَوْ أَقَلَّ ، أَوْ أَكْثَرَ ، وَلَوْ غَدَى كُلُّ وَاحِدٍ بِمُدٍّ ، لَمْ يُجْزَئِهِ ، إِلَّا أَنْ يَمْلِكَهُ إِيَّاهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يُجْزَئُهُ إِذَا أَطْعَمَهُمُ الْقَدْرَ الْوَاجِبَ لَهُمْ . وَهُوَ قَوْلُ النَّحْوِيِّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَأَطْعَمَ أَنْسَ فِي فِذْيَةِ الصِّيَامِ ^(٣١) . قَالَ أَحْمَدُ : أَطْعَمَ شَيْئًا كَثِيرًا ، وَصَنَعَ ^(٣٢) الْجِفَانَ . وَذَكَرَ حَدِيثَ حَمَّادِ بْنِ سَلَمَةَ ، عَنْ ثَابِتٍ ، عَنْ أَنَسٍ ، وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فِطْرَتُهُمْ سَبِيلٌ مَسْكِينًا ﴾ ^(٣٣) . وَهَذَا قَدْ أَطْعَمَهُمْ ، فَيَتَبَعِي أَنْ يُجْزَئَهُ ، وَلَئِنَّهُ أَطْعَمَ الْمَسَاكِينَ ، فَأَجْزَاهُ ، كَمَا لَوْ مَلَكَهُمْ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَنْقُولَ عَنِ الصَّحَابَةِ إِعْطَاؤُهُمْ ؛ فَفَى قَوْلِ زَيْدٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عُمَرَ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، مُدٌّ لِكُلِّ فَقِيرٍ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِكُعْبٍ فِي فِذْيَةِ الْأَذَى :

(٢٩) سقط من: الأصل .

(٣٠) ق ب : للفقير .

(٣١) تقدم في : ٤ / ٣٨٤ . وأخرجه الدارقطني ، في : باب طلوع الشمس بعد الإفطار ، من كتاب الصيام . سنن الدارقطني ٢ / ٢٠٧ . والبيهقي ، في : باب الشيخ الكبير لا يطبق الصوم ... ، من كتاب الصيام . السنن الكبرى ٤ / ٢٧١ . وصحح الرزاق ، في : باب الشيخ الكبير ، من كتاب الصيام . المصنف ٤ / ٢٢٠ . والطبراني ، في : المعجم الكبير ١ / ٢١٤ .

(٣٢) في الأصل : وضع .

(٣٣) سورة المجادلة ٤ .

وَأَطْعِمَ ثَلَاثَةَ أَصْعَ مِنْ تَمْرٍ ، بَيْنَ سِتَّةِ مَسَاكِينَ ^(٣٤) . وَلَئِنْ مَالَ وَجَبَ لِلْفُقَرَاءِ شَرْعًا ، فَوَجَبَ تَمْلِكُهُمْ إِيَّاهُ كَالزَّكَاةِ . فَإِنْ قُلْنَا : يُجْزَى . اشْتَرَطَ أَنْ يُعْذِبَهُمْ بِسِتِّينَ مَدًّا فَصَاعِدًا ؛ لِيَكُونَ قَدْ أَطْعَمَهُمْ قَدْرَ الْوَاجِبِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يُجْزَى أَنْ يُعْذِبَهُمْ ، فَقَدْ أَلِيَهُمْ سِتِّينَ مَدًّا ، وَقَالَ / : هَذَا يَنْكُمُ بِالسُّوْيَةِ . فَقَبِلُوهُ ، أَجْزَأُ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُمْ التَّصَرُّفَ فِيهِ وَالانْتِفَاعَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : يُجْزَى ، وَإِنْ لَمْ يُقَلِّ بِالسُّوْيَةِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : نَحْذُوها عَنْ كُفَّارِي . يَفْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، لِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمُهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ وَصَلَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ قَدْرُ حَقِّهِ ، أَجْزَأُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يُجْزَى ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ شُغْلُ ذِمَّتِهِ ، مَا لَمْ يَعْلَمْ وَصُولَ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ دَفَعَ الْحَقَّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ مُشَاعًا ، فَقَبِلُوهُ ، فَبَرَأَ مِنْهُ ، كَذُبُّونَ غُرْمَائِهِ .

فصل : وَلَا يَجِبُ التَّائِبُ فِي الْإِطْعَامِ . نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمْ ، وَقِيلَ لَهُ : تَكُونُ عَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، فَيُطْعَمُ الْيَوْمَ وَاحِدًا ، وَآخَرَ بَعْدَ أَيَّامٍ ، وَآخَرَ بَعْدَ ^(٣٥) حَتَّى يَسْتَكْمِلَ عَشْرَةَ ؟ فَلَمْ يَرِ بِذَلِكَ بَأْسًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَشْتَرِطِ التَّائِبَ فِيهِ . وَلَوْ وَطِئَ فِي أَثْنَاءِ الْإِطْعَامِ ، لَمْ تَلْزَمْهُ إِعَادَةُ مَا مَضَى مِنْهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَسْتَأْنِفُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ فِي أَثْنَاءِ كَفَّارَةِ الظَّهَارِ ، فَوَجَبَ الْاسْتِنَافُ ، كَالصِّيَامِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَطِئَ فِي أَثْنَاءِ مَا لَا يُشْتَرِطُ التَّائِبَ فِيهِ ، فَلَمْ يُوجِبِ الْاسْتِنَافُ ، كَوَطِئِ غَيْرِ الْمُظَاهَرِ مِنْهَا ، أَوْ كَالوَطِئِ فِي كَفَّارَةِ الْيَمِينِ ، وَهَذَا فَارَقَ الصِّيَامَ .

١٣٢١ - مسألة : قَالَ : (وَلَوْ أُعْطِيَ مَسْكِينًا مُدَّيْنِ مِنْ كَفَّارَتَيْنِ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ ، أَجْزَأُ ، فِي إِحْدَى الرَّوَاقِئِينَ)

وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ الْقَدْرَ الْوَاجِبَ إِلَى الْعَدَدِ الْوَاجِبِ ، فَأَجْزَأُ ، كَالْوَدْعِ إِلَيْهِ الْمُدَّيْنِ فِي يَوْمَيْنِ . وَالْآخَرَى ، لَا يُجْزَى . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى قُوَّتَ

(٣٤) تقدم غريبه في : ١١٦ ، ١٤٥ / ٥ .

(٣٥) سقط من : الأصل .

يوم من كفارة ، فلم يُجزئهُ الدَفْعُ إليه ثانيًا في يومه ، كما لو دَفَعَهُما^(١) إليه من كفارة واحدة . فعلى هذه الرواية ، يُجزئهُ عن إحدَى الكَفَّارَتَيْنِ . وهل له الرُّجُوعُ في الأُخْرَى ؟ يُنْتَظَرُ ؛ فَإِنْ^(٢) كان أَغْلَمَهُ أَنَّهَا عن كفارة ، فله الرُّجُوعُ ، والأُفْلَا . وَيُخْرَجُ أَنْ لَا يَرْجِعَ بشيءٍ ، على ما ذكرناه في الرُّكَاةِ . والرواية الأولى أَقْبَسُ وَأَصَحُّ ، فَإِنْ اعتَبَرَ عَدِدُ المساكينَ ، أَوَّلَى من اعتبارِ عَدِدِ الأَيَّامِ ، ولو دَفَعَ إليه ذلك في يومين أَجْزَأُ ، ولأنَّهُ لو كان الدَّافِعُ اثْنَيْنِ ، أَجْزَأُ عَنْهُمَا ، فكذلك إذا كان الدَّافِعُ واحدًا . ولو دَفَعَ سِتِّينَ مُدًّا إلى ثلاثين فقيرًا من كفارة واحدة ، أَجْزَأُ مِنْ ذلك ثلاثون ، وَيُطْعَمُ ثلاثين آخَرِينَ ، وَإِنْ دَفَعَ السِّتِّينَ مِنْ كَفَّارَتَيْنِ . أَجْزَأُ ذلك ، على إحدَى الرُّوَايَتَيْنِ ، ولا يُجزئُ في الأُخْرَى^(٣) إِلَّا عَنْ^(٤) / ثلاثين . والأمرُ الثَّانِي ، أَنَّ المُجْزِئَ في الإطعام ما يُجزئُ في الفِطْرَةِ ، وهو البُرُّ ، والشَّعِيرُ ، والْتَمَرُ ، والزَّيْبُ ، سواءَ كانت قُوَّتُهُ أو لم تُكُنْ ، وما عَداها . فقال القاضي : لا يُجزئُ إِخْرَاجُهُ ، سواءَ كان قُوَّتَ بَلَدِهِ أو لم يَكُنْ ؛ لِأَنَّ الخَبَرَ وَرَدَ بِإِخْرَاجِ هذه الأصْنَافِ ، على ما جاء في الأحاديث التي رَوَّيْنَاهَا ، ولأنَّهُ الجنسُ المُخْرَجُ في الفِطْرَةِ ، فلم يُجزئْ غَيْرُهُ ، كما لو لم يَكُنْ قُوَّتَ بَلَدِهِ . وقال أبو الحُطَّابِ : عندِي أَنَّهُ يُجزئُهُ إِخْرَاجُ مِنْ جميعِ الحبوبِ التي هي قُوَّتُ بَلَدِهِ ، كالذَّرَّةِ ، والدُّعْنِ ، والأُرْزِ ؛ لِأَنَّ اللهَ تَعَالَى قال : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾^(٥) . وهذا مما يُطْعَمُهُ أَهْلُهُ ، فَوَجِبَ أَنْ يُجزئَهُ بظَاهِرِ النَّصْرِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . فَإِنْ أَخْرَجَ غَيْرَ قُوَّتِ بَلَدِهِ ، أَجُودَ مِنْهُ ، فَقَدْ زَادَ خَيْرًا ، وَإِنْ كان أَتَقَصَّ ، لم يُجزئَهُ ، وهذا أَجُودُ .

فصل : والأفضلُ عندَ أبي عبد الله ، إِخْرَاجُ الحَبِّ ؛ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ بِهِ مِنَ الخِلَافِ ، وهي حَالَةُ كَمَالِهِ ، لِأَنَّهُ يُدْخَرُ فِيهَا ، وَيَنْتَهِي لِمَنَافِعِهِ كُلِّهَا ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ . فَإِنْ أَخْرَجَ

(١) في الأصل : دَفَعَهُما .

(٢) في م : دَفَعَهُمَا .

(٣-٣) في ١ ، ب ، م : عَنْ إِلا .

(٤) سورة المائدة ٨٩ .

دَقِيقًا جَاوِزَ ، لَكِنْ يَزِيدُ عَلَى قَدَرٍ ^(٥) الْمُدُّ قَدْرًا يَتْلَعُ الْمُدَّ حَبًّا ، أَوْ يُخْرِجُهُ بِالْوَزَنِ ، لِأَنَّ
لِلْحَبِّ رَتْعًا ، فَيَكُونُ فِي مِكْيَالِ الْحَبِّ أَكْثَرُ مِمَّا فِي مِكْيَالِ الدَّقِيقِ . قَالَ الْأَثَرُمُ : قِيلَ ^(٦)
لَأَمَى عَبْدُ اللَّهِ : فَيُعْطَى الْبُرُّ وَالْدَّقِيقُ ؟ فَقَالَ : أَمَّا الَّذِي جَاءَ قَالِبُ ، وَلَكِنْ إِنْ أُعْطَاهُمْ
الدَّقِيقُ بِالْوَزَنِ ، جَاوِزَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يُجْزَى ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَالِ الْكَمَالِ ، لِأَجْلِ مَا
يَقُوتُ بِهِ مِنْ وُجُوهِ الْإِنْتِفَاعِ ، فَلَمْ يُجْزَ ، كَالْهَرِيسَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى :
﴿ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ . وَالْدَّقِيقُ مِنْ
أَوْسَطِ مَا يُطْعَمُهُ أَهْلُهُ ، وَلِأَنَّ الدَّقِيقَ أَجْزَاءُ الْجَنْطَةِ ، وَقَدْ كَفَّاهُمْ مُؤَنَّتُهُ وَطَخَنَتُهُ ، وَهَيَأَتُهُ
وَقَرَّبَتُهُ مِنَ الْأَكْلِ ، وَفَارَقَ الْهَرِيسَةَ ، فَإِنَّهَا تَتَلَفُّ عَلَى قُرْبٍ ، وَلَا يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا فِي غَيْرِ
الْأَكْلِ فِي تِلْكَ الْحَالِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَعَنْ أَحْمَدَ ، فِي إِخْرَاجِ الْخُبْزِ رَوَاتَيْنِ ؛
إِحْدَاهُمَا ، يُجْزَى . اخْتَارَاهَا الْخَزَرِيُّ . وَنُصِّصَ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةِ الْأَثَرُمِ ، فَإِنَّهُ قَالَ : قُلْتُ
لَأَمَى عَبْدُ اللَّهِ : رَجُلٌ أَخَذَ ثَلَاثَةَ عَشَرَ رَطْلًا وَثُلُثًا دَقِيقًا ، وَهُوَ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ ، فَخَبَزَهُ
لِلْمَسَاكِينِ ، وَقَسَمَ الْخُبْزَ عَلَى عَشْرَةِ مَسَاكِينٍ ، أَيُجْزِيهِ ذَلِكَ ؟ قَالَ : ذَلِكَ أَعْجَبُ
إِلَيَّ ، وَهُوَ الَّذِي جَاءَ فِيهِ الْحَدِيثُ أَنَّ يُطْعَمُهُمْ مُدُّ بُرٍّ ، وَهَذَا إِنْ قُلَّ فَأَرْجُو أَنْ يُجْزِيَهُ .
قُلْتُ : إِنَّمَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ ﴾ . فَهَذَا قَدْ أُطْعِمَ عَشْرَةَ مَسَاكِينٍ ،
وَأَوْفَاهُمْ الْمُدُّ . قَالَ : أَرْجُو أَنْ / يُجْزِيَهُ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ .
وَنَقَلَ الْأَثَرُمُ ، فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، أَنَّ أَحْمَدَ سَأَلَ رَجُلًا عَنِ الْكَفَّارَةِ ، قَالَ : أُطْعِمُهُمْ خُبْزًا وَنَمْرًا ؟
قَالَ : لَيْسَ فِيهِ تَمَرٌ . قَالَ : فَخُبْزٌ ؟ قَالَ : لَا ، وَلَكِنْ بُرٌّ أَوْ دَقِيقًا بِالْوَزَنِ ، رَطْلًا وَثُلُثُ لِكُلِّ
مَسْكِينٍ . فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهُ لَا يُجْزَى . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنْ حَالَةِ الْكَمَالِ
وَالْإِدْخَارِ فَاشْتَبَهَ الْهَرِيسَةَ . وَالْأَوَّلُ أَحْسَنُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ
أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ . وَهَذَا مِنْ أَوْسَطِ مَا يُطْعَمُ أَهْلُهُ ، وَلَيْسَ الْإِدْخَارُ

٩٢/٨

(٥) سقط من الأصل .

(٦) في ب : قلت .

مقصوداً في الكفارة ، فإنها مُقدَّرة بما يَقُوْثُ المسكين في يومه ، فيُدُلُّ ذلك على أنَّ المقصودَ كِفَايَتُهُ في يومه ، وهذا قد هَيَّأَهُ للأكلِ الْمُعتَادِ للاقتِيَابِ ، وَكفَاهُمُ مَوْتَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ نَقِيَ الحِنْطَةَ وَغَسَلَهَا . وَأَمَّا الهَرِيسَةُ وَالْكَبُولَا^(٧) وَنَحْوُهُمَا ، فَلَا يُجْزِئُ ؛ لِأَنَّهُمَا خَرَجَا عَنِ الاَقْتِيَابِ الْمُعتَادِ إِلَى خَيْرِ الإِدَامِ . وَأَمَّا السَّوِيْقُ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُجْزِئُ ؛ لِذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْزِئَ ؛ لِأَنَّهُ يَفْنَأُ فِي بَعْضِ البُلْدَانِ ، وَلَا يُجْزِئُهُ مِنَ الخُبْزِ وَالسَّوِيْقِ أَقْلٌ مِنْ شَيْءٍ يُعْمَلُ مِنْ مُدٍّ ، فَإِنْ أَخَذَ مُدَّ حِنْطَةٍ ، أَوْ رَطَلًا وَثُلَاثًا مِنَ الدَّقِيقِ ، وَصَنَعَهُ خُبْزًا ، أَجْزَاهُ . وَقَالَ الخِرَقِيُّ : يُجْزِئُهُ رَطَلَانِ . قَالَ القَاضِي : المُدُّ يَجِيءُ مِنْهُ رَطَلَانِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الغَالِبَ أَنَّ رَطَلَيْنِ مِنَ الخُبْزِ لَا تَكُونُ إِلَّا مِنْ مُدٍّ ، وَذَلِكَ بِالرَّطْلِ الدَّمَشَقِيِّ خُمْسُ أَوَاقٍ وَأَقْلُ مِنْ خُمْسِ أَوْقِيَّةٍ ، وَهَذَا فِي البُرِّ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ الشُّعْرُجُ مِنَ الشَّعِيرِ ، فَلَا يُجْزِئُهُ إِلَّا ضِعْفُ ذَلِكَ ، عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ .

فصل : وَلَا تُجْزِئُ الْقِيَمَةُ فِي الْكَفَّارَةِ . ثَقَلَهَا الْمُتِمُّونِيُّ ، وَالْأَثَرُمُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَخَرَجَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ ، رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يُجْزِئُهُ . وَهُوَ مَا رَوَى الْأَثَرُمُ ، أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ أَحْمَدَ ، قَالَ : أَعْطَيْتُ فِي كَفَّارَةِ خُمْسَةِ دَوَانِيْقٍ ؟ فَقَالَ : لَوْ اسْتَشْرَيْتَنِي قَبْلَ أَنْ تُعْطِيَ لَمْ أَشِرْ عَلَيْكَ ، وَلَكِنْ أَعْطِ^(٨) مَا بَقِيَ مِنَ الْأَثْمَانِ عَلَى مَا قُلْتُ لَكَ . وَسَكَتَ عَنِ الَّذِي أَعْطَى . وَهَذَا لَيْسَ بِرَوَايَةٍ ، وَإِنَّمَا سَكَتَ عَنِ الَّذِي أَعْطَى ؛ [لِأَنَّهُ]^(٩) مُخْتَلَفٌ فِيهِ ، فَلَمْ يَرِ التَّضْيِيقُ عَلَيْهِ فِيهِ .

الْأَمْرُ الثَّالِثُ ، أَنَّ مُسْتَحَقَّ الْكَفَّارَةِ هُمُ الْمَسَاكِينُ الَّذِينَ يُعْطَوْنَ مِنَ الزَّكَاةِ ، لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . وَالْفُقَرَاءُ يَدْخُلُونَ فِيهِمْ ؛ لِأَنَّ فِيهِمُ الْمَسْكِينَةَ وَزِيَادَةً ، وَلَا خِلَافَ فِي هَذَا . فَأَمَّا الْأَغْنِيَاءُ فَلَا حَقَّ لَهُمْ فِي الْكَفَّارَةِ ، سَوَاءً كَانُوا مِنْ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ ، كَالْعُرَاةِ وَالْمَوْلُفَةِ قُلُوبُهُمْ^(١٠) / ، أَوْ لَمْ يَكُونُوا ؛ لِأَنَّ

(٧) الكبولا : المصيدة .

(٨) في م نهادة : ه على ه .

(٩) تكملة لازمة .

(١٠) سقط من : الأصل ، ب ، م .

الله تعالى حصَّ بها المساكينَ ، واختلف أصحابنا في المُكائِبِ ؛ فقال القاضي ، في «المُجَرَّد» ، وأبو الخطاب ، في «الهداية» : لا يجوز دَفْعُهَا إليه . وهو مذهب الشافعي . وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، في «مسائلهما» : يجوز الدَّفْعُ إليه . وهو مذهب أبي حنيفة ، وأبي ثور ؛ لأنه يأخذ من الزكاة لحاجته ، فأشبهه المسكين . وَوجهُ الأولى أَنَّ الله تعالى حصَّ بها المساكينَ ، والمُكائِبونَ صِنْفٌ آخَرُ ، فلم يَجُزْ الدَّفْعُ إليهم ، كالغزاة والمؤلفة ، ولأنَّ الكفارة قُدِّرَتْ بقوِّتِ يومٍ لكلِّ مسكينٍ ، وصُرِّفَتْ^(١١) إلى مَنْ يَحْتَاجُ إليها للاقتيات ، والمُكائِبُ لا يأخذُ لذلك ، فلا يكون في معنى المسكين . ويُفَارِقُ الزكاة ، فإنَّ الأغنياءَ يأخذونَ منها ، وهم الغزاة ، والعامِلونَ عليها^(١٢) ، والمؤلفة ، والغارِمونَ ، ولأنَّه غنِيَ بِكَسْبِهِ أو بِسَيِّدِهِ ، فأشبهه العامِل . ولا يَخْلَافُ بينهم في أَنَّهُ لا يجوزُ دَفْعُهَا إلى عبيدٍ ؛ لأنَّ نَفَقَتَهُ واجبةٌ على سيِّده ، وليس هو من أَصنافِ الزكاة ، ولا إلى أُمِّ وَلَدٍ ؛ لأنها أُمَةٌ نَفَقَتُهَا على سيِّدها ، وكَسْبُهَا له ، ولا إلى مَنْ تَزَوَّجَهُ نَفَقَتُهُ . وقد ذكرنا ذلك في الزكاة^(١٣) ، وفي دَفْعِهَا إلى الزَّوْجِ وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً على دَفْعِ الزكاةِ إليه . ولا يَجُوزُ دَفْعُهَا إلى كافرٍ . وبهذا قال الشافعي . وخرَّجَ أبو الخطاب وجهًا في إعطائهم ، بِنَاءً على الرواية في إعتاقهم . وهو قولُ أبي ثور ، وأصحابِ الرَّأي ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ﴾ . وأُطْلِقَ ، فَيَدْخُلُونَ في الإِطْلَاقِ . ولنا ، أَنَّهُ كافرٌ ، فلم يَجُزْ الدَّفْعُ إليه ، كَمَساكِينِ أَهْلِ الحَرْبِ ، وقد سَلَّمَهُ أَصْحَابُ الرَّأيِ ، والآيةُ مَحْصُوصَةٌ بِأَهْلِ الحَرْبِ ، فَتَقْيِيسُ عَلَيْهِمْ سَائِرَ الكُفَّارِ ، ويجوزُ صَرْفُهَا إلى^(١٤) الكبيرِ ، والصَّغِيرِ^(١٥) ، إِنْ كانَ يَمْنُ يَأْكُلُ الطَّعَامَ . وإذا أَرَادَ صَرْفَهُ إلى الصَّغِيرِ ، فَإِنَّهُ يَدْفَعُهُ^(١٥) إلى وَلِيِّهِ ، يَقْبِضُ لَهُ ؛ فَإِنَّ الصَّغِيرَ لا يَصِحُّ مِنْهُ الْقَبْضُ . فَأَمَّا مَنْ لا يَأْكُلُ الطَّعَامَ ،

(١١) في ١ : ٥ نصرت .

(١٢) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٣) تقدم في : ٩٨/٤ وما بعدها .

(١٤-١٥) في م : الصغير والكبير .

(١٥) في الأصل : ٥ يدفع .

فظاهر كلام الخريفي أنه لا يجوز الدفع إليه ؛ لأنه لا يأكله ، فيكون بمنزلة دفع القيمة .
وقال أبو الخطاب : يجزئ ؛ لأنه مسكين يُدفع إليه من الزكاة ، فأشبهه الكبير . وإذا
قلنا : يجوز^(١٦) الدفع إلى المكاتب ، جاز للسيد الدفع من كفارته إلى مكاتبه ؛ لأنه
يجوز أن يُدفع إليه من زكاته .

فصل : ويجوز دفع الكفارة إلى من ظاهره الفقر ، فإن بان غنيا ، فهل تجزئه ؟ فيه
وجهان ؛ بناء على الروايتين في الزكاة . وإن بان كافرا ، أو عبدا ، لم تجزئه ، وجهها
واحدا .

١٣٢٢ - / مسألة ؛ قال : (وَمِنْ ابْتَدَأَ صَوْمَ الظَّهَارِ مِنْ أَوَّلِ شَعْبَانَ ، أَفْطَرَ يَوْمَ
الْفِطْرِ ، وَبَنَى ، وَكَذَلِكَ إِنْ ابْتَدَأَ مِنْ أَوَّلِ ذِي الْحِجَّةِ ، أَفْطَرَ يَوْمَ النَّحْرِ وَأَيَّامَ
التَّشْرِيقِ ، وَبَنَى عَلَى مَا مَضَى مِنْ صِيَامِهِ)

وجملة ذلك ، أنه إذا تحلل صوم الظهار زمان لا يصح صومه عن الكفارة ، مثل أن
يبتدئ الصوم من أول شعبان ، فتَحَلَّلَهُ رمضان ويوم الفطر ، أو يبتدئ من ذي الحجة ،
فتَحَلَّلَهُ يوم النحر وأيام التشريق ، فإن التابع لا يقطع بهذا ، ويبني على ما مضى من
صيامه . وقال الشافعي : يقطع التابع ، ويلزمه الاستئناف ؛ لأنه أفطر في أثناء
الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه ، فأشبهه ما^(١٧) إذا أفطر بغير^(١٨) ذلك ، أو صام^(١٩) عن
نذر ، أو كفارة أخرى . ولنا ، أنه زمن منعه الشرع عن صومه في الكفارة ، فلم يقطع
التابع ، كالحيض والنفاس .^(٢٠) فإن قالوا : الحيض والنفاس غير ممكن التحرز منه .
قلنا : قد يمكن التحرز من النفاس بأن لا يبتدئ الصوم في حال الحمل ، ومن الحيض

(١٦) في ب : يجوز .

(١٧) سقط من : أ ، ب ، م .

(٢٠) في ب : لغو .

(٣) في الهادة : نذرا وكفارة .

(٤-٤) سقط من : ب . و : م : فإن قال : والحيض والنفاس .

إذا كان طهرها يزيد على الشهرين ، بأن تبتدئ الصوم عقب طهرها من الخِيضة ، ومع هذا فإنه لا يقطع الشائع به ، ولا يجوز للمؤمن مفارقة إمامه لغير عذر ، ويجوز أن يدخل معه المسبوق في أثناء الصلاة ، مع علمه بلزوم مفارقتها قبل إتمامها . ويخرج في أيام التشريق رواية أخرى ، أنه يصومها عن الكفارة ، ولا يفطر إلا يوم النحر وحده . فعلى هذا ، إن أفطرها استأنف^(٥) ، لأنها أيام أمكنه^(٦) صيامها في الكفارة ، ففطرها يقطع الشائع كغيرها . إذا ثبت هذا ، فإنه إن ابتدأ الصوم من أول شعبان ، أجزأه صوم شعبان عن شهر ، ناقصا كان أو تاما . وأما سؤال ، فلا يجوز أن يبدأ به من أوله ؛ لأن أوله يوم الفطر ، وصومه حرام ، فيشرع في صومه من اليوم الثاني ، ويتم شهرًا بالعدد ثلاثين يوما . وإن بدأ من أول ذي الحجة إلى آخر المحرم ، قضى أربعة أيام ، وأجزأه ؛ لأنه بدأ بالشهرين من أولهما . ولو ابتدأ صوم الشهرين من يوم الفطر ، لم يصح صوم يوم الفطر ، ويصح^(٧) صوم بقية الشهر ، وصوم ذي القعدة ، ويحتسب له بذى القعدة ، ناقصا كان أو تاما ؛ لأنه بدأه من أوله . وأما سؤال ، فإن كان تاما صام يوما من ذي الحجة ، مكان يوم الفطر ، وأجزأه ، وإن كان ناقصا ، صام من ذي الحجة / يومين ؛ لأنه لم يبدأ من أوله . وإن بدأ بالصيام من أول أيام التشريق ، قلنا : يصح^(٨) صومها عن القرض . فإنه يحتسب له بالمحرم ، ويكمل صوم ذي الحجة بتمام ثلاثين يوما من صفر . وإن قلنا : لا يصح صومها عن القرض . صام مكانها من صفر .

٩٣/٨ ط

فصل : ويجوز أن يبتدئ صوم الشهرين من أول شهر ، ومن أنثائه ، لا نعلم في هذا خلافا ؛ لأن الشهر اسم لما بين الهالكين ولثلاثين يوما ، فأيهما صام فقد أدى الواجب ، فإن بدأ من أول شهر ، فصام شهرين بالأهلة ، أجزأه ذلك ، تأمّن كانا أو ناقصين ،

(٥) في ١ ، ب ، م : استأنف .

(٦) في ١ : يمكنه .

(٧) في ٣ : صح .

(٨) سقط من : الأصل .

إجماعاً . وهذا قال الثوري ، وأهل العراق ، ومالك في أهل الحجاز ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وغيرهم ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَابَعَيْنِ ﴾ . وهذا شهران متتابعان : وإن بدأ من أثناء شهر ، فصام سيئين يوماً . أجزأه ، بغير خلاف أيضاً . قال ابن المنذر : أجمع على هذا من تحفظ عنه من أهل العلم . فأما إن صام شهراً بالهلال ، وشهراً بالعقد ، فصام خمسة عشر يوماً من المحرم ، وصفر^(٩) جميعه ، وخمسة عشر يوماً^(١٠) من ربيع ، فإنه يُجزئُه ، سواء كان صفر تاماً أو ناقصاً ؛ لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلة ، لكن تركناه في الشهر الذي بدأ من وسطه لتعذره ، ففي الشهر الذي أمكن اعتباره يجب أن يُعتَبَر . وهذا مذهب الشافعي ، وأصحاب الرأي . ويتوجه أن يُقال : لا يُجزئُه إلا شهران بالعقد ؛ لأننا لما ضَمَمْنَا إلى الخمسة عشر^(١١) من المحرم^(١٢) خمسة عشر من صفر ، فصار ذلك شهراً ، صار^(١٣) ابتداء صوم الشهر الثاني^(١٤) من أثناء شهر أيضاً . وهذا قول الزهري .

فصل : فإن نوى صوم شهر رمضان عن الكفارة ، لم يُجزئُه عن رمضان ، ولا عن الكفارة ، وانقطع التائب ، حاضراً كان أو مسافراً ؛ لأنه تحلل صوم الكفارة فطر غير مشروع . وقال مجاهد ، وطاوس : يُجزئُه عنهما . وقال أبو حنيفة : إن كان حاضراً ، أجزأه عن رمضان دون الكفارة ؛ لأنَّ تعيين النية غير مُشترط لرمضان ، وإن كان في سفر ، أجزأه عن الكفارة دون رمضان . وقال أصحابه : يُجزئُ عن رمضان دون الكفارة ، سفرًا وحضرًا . ولنا ، أن رمضان مُتَعَيَّنٌ لصومه^(١٥) ، مُحَرَّمٌ صومه عن غيره .

(٩) منع صفر من الصرف على قول أبي عبيدة . انظر : تاج العروس (ص ف ر) ٣٣٠ / ١٢ ، ٣٣١ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١-١٢) سقط من : الأصل .

(١٢) في ١ م : صام .

(١٣) في ب : التالي .

(١٤) في الأصل : الصوم .

فلم يُجزئته عن غيره ، كيومي العيدن ، ولا يُجزئ^١ عن رمضان ؛ لأن النبي ﷺ قال :
 « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ ، وَإِنَّمَا لِإِمْرِي/ مَا نَوَى »^(١) . وهذا ما نَوَى رمضان ، فلا
 يُجزئته ، ولا فرق بين الحَضَرِ والسَّفَر ؛ لأنَّ الزَّمانَ مُتَعَيِّنٌ ، وَإِنَّمَا جازَ فطرُهُ في السَّفَرِ
 رُخْصَةً ، فإذا تَكَلَّفَ وصامَ ، رَجَعَ إلى الْأَصْلِ . فَإِنْ سافرَ في رمضانَ الْمُتَحَلِّلِ لِصَوْمِ
 الْكُفَّارَةِ وَأَفْطَرَ ، لم يَنْقَطِعِ الشَّابِعُ ؛ لِأَنَّهُ زَمَنٌ لَا يَسْتَحِقُّ صَوْمُهُ عَنِ الْكُفَّارَةِ ، فلم يَنْقَطِعِ
 الشَّابِعُ بِفِطْرِهِ كَاللَّيْلِ .

١٣٢٣ - مسأله : قال : (وَإِذَا كَانَ الْمُظَاهَرُ عَبْدًا ، لَمْ يُكْفَرْ إِلَّا بِالصَّيَامِ ،
 وَإِذَا صَامَ ، فَلَا يُجْزِيهِ إِلَّا شَهْرَانِ مُتَابِعَانِ)

قد ذَكَرْنَا أَنَّ ظَهَارَ الْعَبْدِ صَحِيحٌ وَكُفَّارَتُهُ بِالصَّيَامِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَمَنْ لَمْ
 يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ ﴾^(٢) . وَالْعَبْدُ لَا يَسْتَطِيعُ الْإِعْتِقَاقَ ، فَهُوَ كَالْحُرِّ
 الْمُعْسِرِ ، وَأَسْوَأُ مِنْهُ حَالًا ، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْجُرُفِيِّ أَنَّهُ لَا يُجْزِيهِ غَيْرُ الصَّيَامِ ، سَوَاءٌ أَذِنَ لَهُ
 سَيِّدُهُ فِي التَّكْفِيرِ^(٣) بِالْعِتْقِ ، أَوْ لَمْ يَأْذِنْ^(٤) . وَحُكِيَ هَذَا عَنِ الْحَسَنِ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ،
 وَالشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، إِنَّ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التَّكْفِيرِ^(٥) بِالْمَالِ ، جَازَ . وَهُوَ
 مَذْهَبُ الْأَوْزَاعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ يَصِيرُ قَادِرًا عَلَى التَّكْفِيرِ بِالْمَالِ ، فَجَازَ لَهُ
 ذَلِكَ ، كَالْحُرِّ . وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، يَجُوزُ لَهُ التَّكْفِيرُ بِالْإِطْعَامِ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ الصَّيَامِ .
 وَهَلْ لَهُ الْعِتْقُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، « لَا يَجُوزُ » . وَحُكِيَ هَذَا عَنِ مَالِكٍ ، وَقَالَ :
 أَرْجُو أَنْ يُجْزِيَهُ الْإِطْعَامُ . وَأَنْكَرَ ذَلِكَ ابْنُ الْقَاسِمِ صَاحِبُهُ ، وَقَالَ : لَا يُجْزِيهِ إِلَّا الصَّيَامُ ؛
 وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعِتْقَ يَقْتَضِي الْوَلَاءَ ، وَالْوِلَايَةَ ، وَالْإِثْرَ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ لِلْعَبْدِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَهُ
 الْعِتْقُ . وَهُوَ قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ . وَاخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ مَنْ صَحَّ تَكْفِيرُهُ بِالْإِطْعَامِ ، صَحَّ

(١٥) تقدم تخريجه في ١٥٦/١ .

(١) سورة المجادلة ٤ .

(٢) ب : بالتكفير .

(٣) في الأصل نهادة : له .

(٤-٥) سقط من : م .

بالعتق ، ولا يَمْتَنِعُ صِحَّةُ الْعِتْقِ مَعَ انْتِفَاءِ الْإِثْبَاتِ . كَمَا لَوْ أُعْتِقَ مَنْ يُخَالِفُهُ فِي دِينِهِ ، وَلَئِنْ
 الْمَقْصُودُ بِالْعِتْقِ إِسْقَاطُ الْعِلَاقَةِ عَنِ الْعِيدِ ، وَتَمْلِيكُهُ نَفْسِهِ ، وَخُلُوصُهُ مِنْ ضَرَرِ
 الرُّقِّ ، وَمَا يَخْصُلُ مِنْ تَوَابِعِ ذَلِكَ لَيْسَ هُوَ الْمَقْصُودُ ، فَلَا يَمْتَنِعُ مِنْ صِحَّتِهِ مَا يَخْصُلُ مِنْهُ
 الْمَقْصُودُ ، لَا مَتَاعَ بَعْضُ تَوَابِعِهِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلَى ، أَنَّ الْعَبْدَ مَالٌ ، لَا يَمْلِكُ الْمَالُ ، فَيَقْعُ
 تَكْفِيرُهُ بِالْمَالِ بِمَالٍ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يُجْزِئْهُ ، كَمَا لَوْ أُعْتِقَ عَبْدٌ غَيْرُهُ عَنْ^(٥) كَفَّارَتِهِ . وَعَلَى كِلْتَا
 الرُّوَايَتَيْنِ ، لَا يَلْزَمُهُ التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ ، وَإِنْ أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ قَرْضَ الصِّيَامِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ
 غَيْرُهُ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ مُوسِرٌ لِحُرٍّ مُعْسِرٍ فِي التَّكْفِيرِ مِنْ مَالِهِ . وَلَوْ^(٦) كَانَ عَاجِزًا عَنِ الصِّيَامِ ،
 فَأُذِنَ لَهُ / سَيِّدُهُ فِي التَّكْفِيرِ بِمَا شَاءَ مِنَ الْعِتْقِ وَالْإِطْعَامِ ، فَإِنَّ^(٧) لَهُ التَّكْفِيرَ بِالْإِطْعَامِ ؛ لِأَنَّ
 مَنْ لَا يَلْزَمُهُ الْإِعْتَاقُ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَى الصِّيَامِ ، لَا يَلْزَمُهُ مَعَ عَجْزِهِ عَنْهُ ، كَالْحُرِّ الْمُعْسِرِ ،
 وَلَئِنْ عَلَيْهِ ضَرَرٌ فِي التَّزَامِ الْبَيْنَةِ الْكَبِيرَةِ فِي قَبُولِ الرُّقْبَةِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِثْلُ^(٨) ذَلِكَ فِي الطَّعَامِ ؛
 لِقِلَّةِ الْبَيْنَةِ فِيهِ . وَهَذَا "فِيمَا إِذَا"^(٩) أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التَّكْفِيرِ قَبْلَ الْعَوْدِ ، فَإِنْ عَادَ وَجَبَتْ
 الْكَفَّارَةُ فِي ذَنْبِهِ ، ثُمَّ أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التَّكْفِيرِ ، انْتَبَهَى مَعَ ذَلِكَ عَلَى أَصْلِ آخَرٍ ، وَهُوَ أَنَّ
 التَّكْفِيرَ هَلْ هُوَ مُعْتَبَرٌ بِحَالَةِ الْوُجُوبِ ، أَوْ بِأَعْلَاقِ الْأَحْوَالِ ؟ وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ
 تَعَالَى . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، فَإِذَا صَامَ ، لَا يُجْزِئُهُ إِلَّا شَهْرَانِ مُتَابِعَانِ ؛ لِدُخُولِهِ فِي عُمُومِ
 قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ ﴾ . وَلَئِنْ صَوَّمَ فِي كَفَّارَةٍ فَاسْتَوَى فِيهِ الْحُرُّ
 وَالْعَبْدُ ، كَكَفَّارَةِ الْيَمِينِ . وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحْمِيصِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ،
 وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَلَا تَعْلَمُ لَهُمْ مُخَالَفًا ، إِلَّا مَا رَوَى عَنْ عَطَاءٍ ، أَنَّهُ قَالَ^(١٠) : لَوْ صَامَ
 شَهْرًا ، أَجْزَأَهُ^(١١) . وَقَالَ التَّحْمِيصِيُّ ، ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ إِلَى قَوْلِ الْجَمَاعَةِ .

فصل : والاعتبار في الكفارة بحالة الوجوب ، في أظهر الروايتين ، وهو ظاهر

(٥) في ١ : م : ٥ : من ٤ .

(٦) في ٢ : م : ٥ : وإن ٤ .

(٧) في ١ : م : كان ٤ .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩-٩) سقط من : الأصل .

(١٠) سقط من : ١ ، ب : م .

(١١) في ب : ٥ : لأجزأه ٤ .

كلام الجَرْفِي ؛ لَأَنَّهُ قَالَ : إِذَا حَيْثَ وَهُوَ عَبْدٌ ، فَلَمْ يُكْفَرْ حَتَّى عَتَقَ ، فَعَلِيهِ الصَّوْمُ لَا يُجْزِيهِ غَيْرُهُ . وَكَذَلِكَ قَالَ الْأَثَرُمُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنْ عِيدٍ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ، فَحَيْثُ فِيهَا وَهُوَ عَبْدٌ ، فَلَمْ يُكْفَرْ حَتَّى عَتَقَ ، أَيْكْفَرُ كَفَّارَةً حُرًّا أَوْ كَفَّارَةً عِيدٍ ؟ قَالَ : يُكْفَرُ كَفَّارَةً عِيدٍ ؛ لَأَنَّهُ إِنَّمَا يُكْفَرُ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ يَوْمَ حَيْثُ ، ^(١٢) لَا يَوْمَ حَلَفَ . قُلْتُ لَهُ : حَلَفَ وَهُوَ عَبْدٌ ، وَحَيْثُ وَهُوَ حُرٌّ ؟ قَالَ : يَوْمَ حَيْثُ ^(١٣) . وَاحْتَجَّ فَقَالَ : اقْتَرَى وَهُوَ عَبْدٌ - أَيْ ^(١٤) ثُمَّ أُعْتِقَ - فَإِنَّمَا يُجْلَدُ جَلْدُ الْعَبْدِ . وَهُوَ أَحَدُ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ يُعْتَبَرُ يَسَارُهُ وَإِعْسَارُهُ حَالٌ وَجُوبُهَا عَلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا حَالُ الْوُجُوبِ ، اسْتَقَرَّ وَجُوبُ الرُّقْبَةِ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِإِعْسَارِهِ بَعْدَ ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، فَمَقْرَضُهُ الصَّوْمُ ، فَإِذَا أَسْرَ بَعْدَ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ الْإِنْتِقَالُ إِلَى الرُّقْبَةِ . وَالرُّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، الْإِعْتِبَارُ بِأَغْلَظِ الْأَحْوَالِ مِنْ حَيْثِ الْوُجُوبِ إِلَى حَيْثِ التَّكْفِيرِ ، فَهِيَ وَجَدَ رُقْبَةً فِيمَا بَيْنَ الْوُجُوبِ إِلَى حَيْثِ التَّكْفِيرِ ، لَمْ يُجْزِئْهُ إِلَّا الْإِعْتِقَاقُ . وَهَذَا قَوْلُ ثَانٍ لِلشَّافِعِيِّ ؛ لَأَنَّهُ حَقٌّ يَجِبُ فِي الذَّمِّ بِوُجُودِ مَالٍ ، فَاعْتَبِرَ فِيهِ أَغْلَظُ الْحَالَيْنِ كَالْحَجِّ . وَلِهَذَا قَوْلُ ثَالِثٍ ، أَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِحَالَةِ الْأَدَاءِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ؛ لَأَنَّهُ حَقٌّ لَهُ بَدَلٌ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ ، فَكَانَ الْإِعْتِبَارُ فِيهِ بِحَالَةِ الْأَدَاءِ ، كَالْوُضُوءِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْكَفَّارَةَ تَجِبُ عَلَى وَجْهِ / الطُّهْرَةِ ، فَكَانَ الْإِعْتِبَارُ فِيهَا بِحَالَةِ الْوُجُوبِ ^(١٥) كَالْحَدِّ ، أَوْ نَقُولُ : مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الصِّيَامُ فِي الْكَفَّارَةِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ غَيْرُهُ ، كَالْعَبْدِ إِذَا أُعْتِقَ ^(١٦) ، وَيُقَارِقُ الْوُضُوءَ ، فَإِنَّهُ لَوْ تَيَمَّمَ ثُمَّ وَجَدَ الْمَاءَ ، بَطَلَ تَيَمُّمُهُ ، وَهَهُنَا لَوْ صَامَ ، ثُمَّ قَدَّرَ عَلَى الرُّقْبَةِ ، لَمْ يَبْطُلْ صَوْمُهُ ، وَلَيْسَ الْإِعْتِبَارُ فِي الْوُضُوءِ بِحَالَةِ الْأَدَاءِ ، فَإِنَّ أَدَاءَهُ فَعَلُهُ ، وَلَيْسَ الْإِعْتِبَارُ بِهِ ، وَإِنَّمَا الْإِعْتِبَارُ بِأَدَاءِ الصَّلَاةِ ، وَهِيَ غَيْرُ الْوُضُوءِ . وَأَمَّا الْحَجُّ فَهُوَ عِبَادَةُ الْعُمْرِ ، وَجَمِيعُهُ وَقْتُهَا ، فَهِيَ قَدَّرَ عَلَيْهِ فِي جُزْءٍ مِنْ وَقْتِهِ ، وَجَبَ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . ثُمَّ يَبْطُلُ مَا ذَكَرُوهُ بِالْعَبْدِ إِذَا عَتَقَ ^(١٧) ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ

٩٥/٨

(١٢-١٣) سقط من: الأصل . نقل نظر .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في ١ ، ب ، م ، ن : أعني .

الانتقال إلى العتق مع ما ذكره . فإن قيل : العبد لم يكن ممن يجب عليه الرقبة ، ولا تجزئته ، فلما لم تجزئه الزيادة ، لم يلزمه بتغير الحال ، بخلاف مسألتنا . قلنا : هذا لا أثر له . إذا ثبت هذا ، فإنه إذا أيسر ، فأحب أن ينتقل إلى الإعتاق ، جاز له ، في ظاهر كلام الخِرقي ؛ فإنه قال : ومن دخل في الصوم ، ثم قدر على الهدي ، لم يكن ^(١٧) له الانتقال إليه ^(١٨) إلا أن يشاء . وهذا يدل على أنه إذا شاء فله الانتقال إليه ، ويجزئته ، إلا أن يكون الحائض عبداً ، فليس له إلا الصوم وإن عتق . وهو قول الشافعي ، على القول الذي توافقنا فيه ؛ وذلك لأن العتق هو الأصل ، فوجب أن يجزئته كسائر الأصول . فأما إن استمر به العجز حتى شرع ^(١٩) في الصيام ، لم يلزمه الانتقال إلى العتق . بغير خلاف في المذهب . وهو مذهب الشعبي ، وقادة ، ومالك ، والأوزاعي ، والليث ، والشافعي ، وأبي ثور ، وابن المنذر . وهو أحد قولَي الحسن . وذهب ابن سيرين ، وعطاء ، والنخعي ، والحكم ، وحماد ، والثوري ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، إلى أنه يلزمه العتق ؛ لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل ، فلزمه العود إليه ، كالمتمتع يجد الماء قبل الصلاة ، أو في أثناءها . ولنا ، أنه لم يقدر على العتق قبل تلبيسه بالصيام ، فلم يسقط عنه ، كما لو استمر العجز إلى بعد الفراغ ، ولا يشبه الوضوء ، فإنه لو وجد الماء بعد التيمم بطل ، وههنا بخلافه ، ولأنه وجد البدل بعد الشروع في صوم البدل . فلم يلزمه الانتقال ^(٢٠) إليه ، كالمتمتع يجد الهدي بعد الشروع في صيام السبعة .

فصل : إذا قلنا : الاعتبار بحالة الوجوب ، فوقعه في الظهار زمن العود ، لا وقت المظاهرة ؛ لأن الكفارة لا تجب / حتى يعود ، ووقته ^(٢١) في اليمين ، زمن الجنث ، لا وقت اليمين ، وفي القتل زمن الزهوق ، لا زمن الجرح ، وتقديم الكفارة قبل الوجوب

(١٦-١٧) في ب ، م : عليه الخروج .

(١٧) في ب : يشرع .

(١٨) في م : الانتقام .

(١٩) سقطت الواو من : ب ، م .

تعميل لها قبل وجوبها ، لوجود سببها ، كتفجيل الزكاة قبل الحول وتعد وجوب النصاب .

فصل : وإذا كان المظاهر ذمياً ، فتكفيره بالعنق ، أو الإطعام ؛ لأنه يصح منه في غير الكفارة ، فصح منه فيها ، ولا يجوز بالصيام ؛ لأنه عبادة محضنة ، والكافر ليس من أهلها ، ولأنه لا يصح منه في غير الكفارة ، فلا يصح منه فيها ، ولا يجزئه في العنق إلا عتق رقبة مؤمنة ، فإن كانت في ملكه ، أو ورثها ، أجزأت عنه ، وإن لم يكن كذلك ، فلا سبيل له إلى شراء رقبة مؤمنة ؛ لأن الكافر لا يصح منه شراء المسلم ، ويتعين تكفيره بالإطعام ، إلا أن يقول لمسلم : أغتق عبدك عن كفارتى ، وعلى ثمنه . فيصح ، في إحدى الروايتين . وإن أسلم الذمى قبل التكفير بالإطعام ، فحكمه حكم العبد ، يعتق قبل التكفير بالصيام ، على ما مضى ؛ لأنه في معناه . وإن ظاهر وهو مسلم ، ثم ارتد ، فصام في رده عن كفارته ، لم يصح . وإن كفر بعنق أو إطعام ، فقد أطلق أحمد القول أنه لا يجزئه . وقال القاضي : المذهب أن ذلك موقوف ، فإن أسلم تبيهاً أنه أجزأه ، وإن مات أو قتل تبيهاً أنه لم يصح منه ، كسائر تصرفاته .

١٣٢٤ - مسألة : قال : (وَمَنْ وَطِئَ قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ بِالْكَفَّارَةِ ، كَانَ غَاصِيًا ، وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ الْمَذْكُورَةُ)

قد ذكرنا أن المظاهر يحرّم عليه وطء زوجته قبل التكفير ؛ لقول الله تعالى في العنق والصيام : ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسَا ﴾ ^(١) . فإن وطئ عصى ربه لمخالفة أمره ، واستقر الكفارة في ذمته ، فلا تسقط بعد ذلك بمؤت ، ولا طلاق ، ولا ^(٢) غيره ، وتخرجه زوجته عليه باق بحاله ، حتى يكفر . هذا قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، وجابر بن زيد ، ومورق العجلي ^(٣) ، وأبي مجلز ،

(١) سورة المجادلة ٣ ، ٤ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) مورق بن مشعر الجعفي البصري ، تابعي ، ثقة ، توفي بعد المائة . تهذيب التهذيب ١٠ / ٣٣١ .

والتَّحِيَّيْ ، وعبد الله بن أَذْيَنَةَ ، ومالك ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاق ، وأبي ثَوْرٍ . وَرَوَى الْحَلَّالُ ، عن الصَّلْبِ بْنِ دِينَارٍ ، قال : سألتُ عشرةً من الفقهاء عن المَظَاهِرِ يُجَامَعُ^(١) قَبْلَ أَنْ يُكْفَرَ ؟ قالوا : ليس عليه إِلَّا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ . الحسن^(٢) ، وابن سيرين ، وبكر المَزَنِيُّ ، ومُورِقُ الْعِجْلِيِّ ، وعطاء ، وطاوس ، ومُجَاهِدٌ ، وَعِكْرَمَةُ ، وَقَنَادَةُ ، وقال وَكِيعٌ^(٣) : و / أَظُنُّ الْعَاشِرَ نَافِعًا . وَحُكِّيَ عَنْ عمرو بن العاصِ ، أَنَّ عَلَيْهِ كَفَّارَتَيْنِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ قَبِيصَةَ ، وسعيد بن جُبَيْرٍ ، والزُّهْرِيُّ ، وَقَنَادَةُ ؛ لِأَنَّ الْوُطْءَ^(٤) يُوجِبُ كَفَّارَةً ، وَالظَّهَارُ مُوجِبٌ لِأُخْرَى^(٥) . وقال أبو حنيفة : لَا تُثَبِّتُ الْكَفَّارَةُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنَّمَا هِيَ شَرْطٌ لِلِإِبَاحَةِ بَعْدَ الْوُطْءِ . كَمَا كَانَتْ قَبْلَهُ . وَحُكِّيَ عَنْ بَعْضِ النَّاسِ أَنَّ الْكَفَّارَةَ تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ فَاتٌ وَقَتُّهَا ؛ لَكُونِهَا وَجِبَتْ قَبْلَ الْمَسِيئِ . وَلَنَا ، حَدِيثُ سَلَمَةَ بْنِ صَخْرَجٍ ظَاهَرٌ ثُمَّ وَطِئَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ ، فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ بِكَفَّارَةٍ وَاحِدَةٍ^(٦) . وَلِأَنَّهُ وَجَدَ الظَّهَارَ وَالْعَوْدَ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَبَّةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾^(٧) . فَأَنَّا قَوْلُهُمْ : فَاتٌ وَقَتُّهَا . فَيَبْطُلُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَبِالصَّلَاةِ ، وَسَائِرِ الْعِبَادَاتِ يَجِبُ قَضَاؤُهَا بَعْدَ فَوَاتِ وَقَتِّهَا .

١٣٢٥ - مسألة : قال : (وَإِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرَبِّهَا : أَنْتَ عَلَى كَظْهِرِ أَبِي . لَمْ تَكُنْ مُظَاهِرَةً ، وَلَزِمَتْهَا كَفَّارَةُ الظَّهَارِ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ أَثَّتْ بِالْمُنْكَرِ مِنَ الْقَوْلِ وَالزُّوْرِ)

(٤) في ١ : يَطَأُ زَوْجَتَهُ .

(٥) أي : المشورة هم : الحسن ...

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في الأصل : ؛ وَلَئِنْ .

(٨) في م : ؛ لِأُخْرَى .

(٩) تقدم تحريمه في صفحة ٦ .

(١٠) سورة المجادلة ٣ . ولم يرد : ﴿ مُؤْمِنَةٍ ﴾ في : أ ، ب ، م .

وجملة ذلك أن المرأة إذا قالت لزوجها : أنت على كظهر أرى . (١) أو قالت : إن تزوجت فلاناً ، فهو على كظهر أرى (٢) . فليس ذلك بظهار . قال القاضي : لا تكون مظهرة ، رواية واحدة . وهذا قول أكثر أهل العلم ؛ منهم مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال الزهري ، والأوزاعي : هوظهار . وروى ذلك عن الحسن ، والنجعي ، لأن النجعي قال : إذا قالت ذلك بعد ما تزوج ، فليس بشيء . ولعلمهم يحتجون بأنها أخذ الزوجين ظاهر من الآخر ، فكان مظاهراً كالرجل . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ (٣) . فخصهم بذلك ، ولأنه قول يوجب تخريماً في الزوجة ، يملك الزوج رفعه ، فاحتص به الرجل ، كالطلاق ، ولأن الرجل في المرأة حق للرجل (٤) ، فلم يملك المرأة إزالتها ، كسائر حقوقه . إذا ثبت هذا ، فاختلف (٥) عن أحمد في الكفارة ، فنقل عنه جماعة : عليها كفارة الظهار . لما روى الأثرم ، بإسناده عن إبراهيم ، أن عائشة بنت طلحة قالت : إن تزوجت مصعب بن الزبير ، فهو على كظهر أرى . فسألت أهل المدينة ، قرأوا أن عليها الكفارة . وروى علي (٦) بن مسهر ، عن الشيباني ، قال : كتب جالساً في المسجد ، أنا وعبد الله بن معقل المزني ، فجاء رجل حتى جلس إلينا ، فسأله : من أنت ؟ فقال : أنا مولى لعائشة بنت طلحة ، التي (٧) / أعفتني عن ظهارها ، خطبها مصعب بن الزبير ، فقالت : هو علي كظهر أرى إن تزوجته . ثم رعبت فيه بعد (٨) ، فاستفتت أصحاب رسول الله ﷺ ، وهم يومئذ كثير ، فأمرها أن تعتق رقبة وتزوج (٩) ،

ظ ٩٦/٨

(١-٢) سقط من : الأصل ، نقل نظر .

(٢) سورة المجادلة ٣ .

(٣) في ١ : د للزوج .

(٤) أي : النقل .

(٥) في الأصل ، ب ، م ، د : عن ع خطأ . وانظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ٧ / ٣٨٣ .

(٦) في ١ : الذي .

(٧) سقط من : ب ، م .

(٨) في ١ ، ب : د وتزوجه .

فَأَعْتَقْتَنِي وَزَوَّجْتَنِي . وَرَوَى سَعِيدٌ^(٩) هَذَيْنِ الْحَبْرَيْنِ مُخْتَصِرَيْنِ ، وَلَأَنَّهُمَا زَوْجٌ أَكْبَرُ
بِالْمُنْكَرِ مِنَ الْقَوْلِ وَالزُّورِ ، فَلَزِمَهُ كَفَّارَةُ الظَّهَارِ كَالْآخَرِ ، وَلَآنَ الْوَاجِبُ كَفَّارَةُ بَعِيْنٍ ،
فَاسْتَوَى فِيهَا الزُّوْجَانِ ، كَالْبَعِيْنِ بِاللَّهِ تَعَالَى . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ : لَيْسَ عَلَيْهَا كَفَّارَةٌ . وَهُوَ قَوْلُ
مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ مُنْكَرٌ وَزُورٌ ، وَلَيْسَ بِظَهَارٍ ، فَلَمْ
يُوجِبْ كَفَّارَةً ،^(١٠) كَالسَّبِّ وَالْقَذْفِ . وَلَأَنَّهُ قَوْلٌ لَيْسَ بِظَهَارٍ ، فَلَمْ يُوجِبْ كَفَّارَةً^(١١)
الظَّهَارِ ، كَسَائِرِ الْأَقْوَالِ ، أَوْ تَحْرِيمٌ مِمَّا لَا يَصِيحُّ مِنْهُ الظَّهَارُ ، فَأَشْبَهَ الظَّهَارَ مِنْ أَمْتِهِ .
وَالرَّوَايَةُ الثَّلَاثَةُ : عَلَيْهَا كَفَّارَةُ الْبَعِيْنِ . قَالَ أَحْمَدُ :^(١٢) « قَدْ ذَهَبَ »^(١٣) عَطَاءُ مَذْهَبًا حَسَنًا ،
بَجَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا مِثْلَ الطَّعَامِ وَمَا أَشْبَهَ . وَهَذَا أَقْبَسُ عَلَى مَذْهَبِ أَحْمَدَ ،
وَأَشْبَهَ بِأَصُولِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِظَهَارٍ ، وَمُجَرَّدُ الْقَوْلِ مِنَ الْمُنْكَرِ وَالزُّورِ لَا يُوجِبُ كَفَّارَةَ
الظَّهَارِ ، بِدَلِيلِ سَائِرِ الْكَذِبِ ، وَالظَّهَارِ قَبْلَ الْعَوْدِ ، وَالظَّهَارِ مِنْ أَمْتِهِ وَأُمِّ وَلَدِهِ ، وَلَأَنَّهُ
تَحْرِيمٌ لَا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ فِي الْمَحَلِّ ، فَلَمْ يُوجِبْ كَفَّارَةَ الظَّهَارِ ، كَتَحْرِيمِ سَائِرِ الْحَلَائِلِ .
وَلَأَنَّهُ ظَهَارٌ مِنْ غَيْرِ أَمْرَائِهِ ، فَأَشْبَهَ الظَّهَارَ مِنْ أَمْتِهِ ، وَمَا رَوَى عَنْ عَائِشَةَ بِنْتِ طَلْحَةَ ، فِي
عِتْقِ الرُّقْبَةِ ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِعْتَاقُهَا تَكْفِيرًا لِبَعِيْنِهَا ، فَإِنْ عِتَّقَ الرُّقْبَةَ أَخَذَ خِصَالِ كَفَّارَةِ
الْبَعِيْنِ ، وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُهُ عَلَى هَذَا ؛ لَكُنْ^(١٤) الْمَوْجُودُ مِنْهَا لَيْسَ بِظَهَارٍ ، وَكَلَامُ أَحْمَدَ ، فِي
رَوَايَةِ الْأَثَرِ ، لَا يَقْتَضِي وَجُوبَ كَفَّارَةِ الظَّهَارِ ، إِنَّمَا قَالَ : الْأَخْوَطُ أَنْ تُكْفَرَ . وَكَذَا
حِكَاةُ ابْنِ الْمُنْدَرِ . وَلَا شَكَّ فِي أَنَّ الْأَخْوَطَ التَّكْفِيرُ بِأَغْلَظِ الْكُفَّارَاتِ ، لِيَخْرُجَ مِنْ
الْخِلَافِ ،^(١٥) وَلَكِنْ لَيْسَ^(١٦) ذَلِكَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ ، وَلَا هُوَ فِي

(٩) فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي ظَهَارِ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السَّنَنُ ١٩ / ٢ .

كَأَخْرَجَ الْأَوَّلُ عَبْدَ الرَّزَّاقِ فِي : بَابِ ظَهَارِهَا قَبْلَ نِكَاحِهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . لِلْمَصْنُفِ ٤٤٤ / ٦ .

(١٠-١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(١١-١٢) فِي : ذَهَبَ .

(١٢) فِي : لَيْكُنْ .

(١٣-١٤) فِي : لَيْسَ .

معنى المتصوحي ، وإنما هو تخريمٌ للحلال من غيرِ ظهارٍ ، فأشبهه ماله حَرَمُ أمته ، أو طعامه . وهذا قولُ عطاءٍ . والله أعلم .

فصل : وإذا قلنا بوجوب الكفارة عليها ، فلا تجبُ عليها حتى يطأها وهي مطاوعةٌ ، فإن طلقها ، أو مات أحدهما قبل وطئها ، أو أكرهها^(١٤) على الوطء ، فلا كفارةٌ عليها ؛ لأنها يمينٌ ، فلا تجبُ كفارتها قبل الجنب فيها ، كسائر الأيمان . ولا يجبُ تقديمتها قبل المسيس ، / ككفارات سائر الأيمان ، ويجوزُ تقديمتها لذلك^(١٥) ، وعليها تمكينُ زوجها من وطئها قبل التكفير ؛ لأنه حقٌ له عليها ، فلا يسقطُ يمينها ، ولأنه ليس بظهارٍ ، وإنما هو تخريمٌ لحلالٍ ، فلا يثبتُ تخريمًا ، كما لو حرَّم طعامه . وحكي أن ظاهرَ كلام أبي بكرٍ ، أنها لا تمكُنهُ قبل التكفير ، إلحاقًا بالرجل . وليس ذلك بجديد ؛ لأنَّ الرجلَ الظهارُ منه صحيحٌ ، ولا يصحُّ ظهارُ المرأة ، ولأنَّ الرجلَ حتى الرجل^(١٦) ، فملك رقتة ، والجلُّ حقٌّ عليها ، فلا تمليكُ إزالته . والله أعلم .

٩٧/٨

١٣٢٦ - مسألة ؛ قال : (وإذا ظاهرٌ من زوجته مَرَاةً ، فلم يكفر ، فكفارةٌ واحدةٌ)

هذا ظاهرُ المذهب ، سواء كان في مجلسٍ أو مجالسٍ ، يتوى بذلك التأكيد ، أو الاستيناف ، أو أطلق . نقله عن أحمد جماعة . واختاره أبو بكرٍ ، وابنُ حامدٍ ، والقاضي^(١) . وروى ذلك عن عليٍّ ، رضى الله عنه . وبه قال عطاءٌ ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، وطاوسٌ ، والشَّعْبِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، ومالكٌ ، وإسحاقٌ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثورٍ . وهو قولُ الشافعيِّ القديم . ويُقولُ عن أحمد ، في مَنْ حَلَفَ أيمانًا كثيرةً ، فإن أراد تأكيده اليمين ، فكفارةٌ واحدةٌ . فمفهومه أنه إن نوى الاستيناف فكفارتان . وبه قال الثوريُّ ، والشافعيُّ في الجديد . وقال أصحابُ الرأي : إن كان في مجلسٍ واحدٍ ، فكفارةٌ واحدةٌ ، وإن

(١٤) في النسخ : ذكرها .

(١٥) في ب : كذلك .

(١٦) في ١ : للرجل .

(١) سقط من : ب .

كان في مجالس ، فكفارات . وروى ذلك عن علي ، وعمر بن دينار ، وقادة ؛ لأنه قول
يوجب تحريم الزوجة ، فإذا نوى الاستيفاء تعلق بكل مرة حكم حالها^(١) ،
كالطلاق . ولنا ، أنه قول لم يؤثر تحريماً في الزوجة ، فلم تجب به كفارة الظهار ،
كاليمين بالله تعالى ، ولا يحق أنه لم يؤثر تحريماً ، فإنها قد حرمت بالقول الأول ، ولم يزد
تحريمها ، ولأنه لفظ يتعلق به كفارة ، فإذا كرره كفاه كفارة^(٢) واحدة ، كاليمين بالله
تعالى^(٣) . وأما الطلاق ، فما زاد عن الثلاث^(٤) ، لا يثبت له حكم بالإجماع ، وهذا
ينقيض ما ذكره . وأما الثالثة ، فإنها تثبت تحريماً زائداً ، وهو التحريم قبل زوج
وإصاية ، بخلاف الظهار الثاني ، فإنه لا يثبت به تحريم ، فنظيره ما زاد على الطلقة
الثالثة ، لا يثبت له حكم ، فكذلك الظهار الثاني . فإما إن كفر عن الأول ، ثم ظاهر ،
لزمته للثاني كفارة ، بلا خلاف ؛ لأن الظهار الثاني مثل الأول ، فإنه حرم الزوجة
المحللة^(٥) ، فأوجب الكفارة كالأول ، بخلاف ما قبل التكفير .

٩٧/٨ ط /فصل : والنية شرط في صحة الكفارة ؛ لقول النبي ﷺ : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ
بِالنِّيَّاتِ »^(٦) . ولأن العتق يقع متبرعاً به ، وعن كفارة أخرى ، أو نذر ، فلم ينصرف إلى
هذه الكفارة إلا بنية ، وصفتها أن ينوي العتق ، أو الصيام ، أو الإطعام عن الكفارة ،
فإن^(٧) زاد الواجب كان تأكيداً ، وإلا أجزأت نيته الكفارة . وإن نوى وجوبها ، ولم ينو
الكفارة ، لم يجزئه ؛ لأن الوجوب يتنوع عن كفارة ونذر ، فوجب تمييزه . وموضع
النية مع التكفير ، أو قبله بيسير . وهذا الذي نص عليه الشافعي ، وقال به بعض
أصحابه . وقال بعضهم : لا يجزئ حتى يستصحب النية ، وإن كانت الكفارة صياماً

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

(٤) في ب نهادة : قال .

(٥) في ب ، م : ثلاث .

(٦) في م : المحلة .

(٧) تقدم تحريمه في ١٠٦/١ .

(٨) في ب : فإذا .

اشْتَرَطَ نِيَّةَ الصَّيَامِ عَنِ الْكُفَّارَةِ فِي كُلِّ لَيْلَةٍ ؛ لقوله ﷺ : « لَا صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يُبَيِّتِ الصَّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ » (٩) . وَإِنْ اجْتَمَعَتْ عَلَيْهِ كُفَّارَاتٌ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، لَمْ يَجِبْ تَغْيِينُ سَبَبِهَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ كَانَ مَظَاهِرًا مِنْ أَرْبَعِ نِسَاءٍ ، فَأَعْتَقَ عَبْدًا عَنْ ظَهَارِهِ ، أَجْزَأَهُ عَنْ إِحْدَاهُنَّ ، وَحَلَّتْ لَهُ وَاحِدَةٌ غَيْرُ مُعَيَّنَةٍ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، فَأَجْزَأَتْهُ نِيَّةٌ مُطْلَقَةٌ ، كَمَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ صَوْمٌ يَوْمَيْنِ مِنْ رَمَضَانَ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّ يُقْرِعَ بَيْنَهُنَّ ، فَتَخْرُجَ بِالْقُرْعَةِ الْمُحَلَّلَةُ مِنْهُنَّ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَهُ أَنْ يَصْرِفَهَا إِلَى أَيِّنَ شَاءَ ، فَتَحُلَّ . وَهَذَا يُفْضِي إِلَى أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ كَوْنِ هَذِهِ الْمَرْأَةِ مُحَلَّلَةً لَهُ ، أَوْ مُحَرَّمَةً عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الظَّهَارُ مِنْ ثَلَاثِ نِسْوَةٍ ، فَأَعْتَقَ عَبْدًا عَنْ إِحْدَاهُنَّ ، ثُمَّ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَابَعَيْنِ^(١٠) عَنْ أُخْرَى ، ثُمَّ مَرَضَ ، فَأَطْعَمَ سِتِينَ مَسْكِينًا عَنْ أُخْرَى ، أَجْزَأَهُ ، وَحَلَّ لَهُ الْجَمِيعُ ، مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ وَلَا تَغْيِينٍ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يُقْرِعُ بَيْنَهُنَّ ، فَمَنْ تَقَعَ لَهَا الْقُرْعَةُ ، فَالْعِتْقُ لَهَا ، ثُمَّ يُقْرِعُ بَيْنَ الْبَاقِيَتَيْنِ ، فَمَنْ تَقَعَ لَهَا الْقُرْعَةُ فَالصَّيَامُ لَهَا ، وَالْإِطْعَامُ عَنِ الثَّالِثَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْ هَذِهِ الْخِصَالِ لَوْ انْفَرَدَتْ ، اخْتِاجَتْ إِلَى قُرْعَةٍ ، فَكَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَتْ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّكْفِيرَ قَدْ حَصَلَ عَنِ الثَّلَاثِ ، وَزَالَتْ حُرْمَةُ الظَّهَارِ ، فَلَمْ يَحْتَاجْ إِلَى قُرْعَةٍ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَعْيِدَ^(١١) عَنْ ظَهَارٍ مِنْ دَفْعَةٍ وَاحِدَةٍ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ الْكُفَّارَةُ مِنْ أَجْناسٍ ؛ كَظَهَارٍ ، وَقَتْلِ ، وَجِمَاعٍ / فِي رَمَضَانَ ، وَيَمِينٍ ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَفْتَقِرُ إِلَى تَغْيِينِ السَّبَبِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ وَاجِبَةٌ ، فَلَمْ تَفْتَقِرْ صِحَّةَ أَدَائِهَا إِلَى تَغْيِينِ سَبَبِهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَنْ يَشْتَرَطَ تَغْيِينُ سَبَبِهَا ، وَلَا تَجْزِي بَيْنَهُ^(١٢) مُطْلَقَةٌ . وَحَكَاهُ أَصْحَابُ

٩٨/٨ و

(٩) تقدم ترجمته في : ٣٣٤ / ٤ .

(١٠) سقط من : الأصل ، ب .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في م : نية .

الشافعي عن أحمد . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنهما عبادتان من جنسين ، فوجب
تعيين الثبوت لهما ، كما لو وجب عليه صوم من قضاء ونذر ، فعلى هذا لو كانت عليه كفارة
واحدة ، لا يعلم سببها ، فكفر كفارة واحدة ، أجزأه ، على الوجه الأول . قاله أبو
بكر . وعلى الوجه الثاني ، ينبغي أن يلزمه التكفير بعدد أسباب الكفارات ، كل واحدة
عن سبب ، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها ، فإنه يلزمه خمس صلوات ، ولو
علم أن عليه صوم يوم ، لا يعلم أمن قضاء هو ، أو نذر ، لزمه صوم يومين . فإن كان
عليه صوم ثلاثة أيام ، لا يدرى أهي من كفارة يمين ، أو قضاء ، أو نذر ، لزمه صوم
تسعة أيام ، كل ثلاثة عن واحدة من الجهات الثلاث .

فصل : وإذا كانت على رجل كفارتان ، فأعتق عنهما عبدين ، لم يحل من أربعة
أحوال ؛ أحدها ، أن يقول : أعتقت هذا عن هذه الكفارة ، وهذا عن هذه . فيجزئه ،
إجماعاً . الثاني ، أن يقول : أعتقت هذا عن إحدى الكفارتين ، وهذا عن الأخرى . من
غير تعيين ، فينظر ؛ فإن كانا من جنس واحد ، ككفارتين طهاري ، أو كفارتين قتلي ،
أجزأه . وإن كانا^(١٣) من جنسين ، ككفارة طهاري ، وكفارة قتلي ، خرّج على الوجهين
في اشتراط تعيين السبب ؛ إن قلنا : يشترط . لم يجزئه واحد منهما . وإن قلنا : لا
يشترط . أجزأه عنهما . الثالث ، أن يقول : أعتقتهما عن الكفارتين . فإن كانتا من
جنس واحد^(١٤) أجزأ عنهما ، ويقع كل واحد عن كفارة ، لأن^(١٥) عرف الشرع
والاستعمال إعتاق الرقبة عن الكفارة ، فإذا أطلق ذلك ، وجب حملُه عليه ، وإن كانتا
من جنسين ، خرّج على الوجهين . الرابع ، أن يعتق كل واحدة عنهما جميعاً ، فيكون
مُعْتَقاً عن كل واحدة من الكفارتين نصف العبدَيْن ، فيثبني ذلك على أصل آخر ، وهو إذا
أعتق نصف رقبتي عن كفارة ، هل يجزئه أو لا ؟ فعلى قول الخريقي يجزئه ؛ لأن

(١٣) في م : : كانتا .

(١٤) سقط من : الأصل ، ب .

(١٥) في م : : وإن .

الأشخاص بمنزلة / الأشخاص ، فيما لا يمتنع منه الغيب اليسير ، بدليل الزكاة ، فإن من ملك نصف ثمانين شاة ، كان بمنزلة من ملك أربعين ، ولا تلزم الأضحية ، فإنه يمتنع منه الغيب اليسير . وقال أبو بكر ، وابن حامد : لا يُجزئُه . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ؛ لأن ما أمر بصرفه إلى شخص في الكفارة ، لم يُجزَّ تفريقه على اثنين ، كالمُد في الإطعام ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ، ولهم وجه ثالث ، وهو أنه إن كان باقيهما حرًا أجزأ^(١٦) ، وإلا فلا ؛ لأنه متى كان باقيهما حرًا ، حصل تكميل الأحكام والتصرف . وخرجه القاضي وجهًا لنا أيضًا ، إلا أن للمعتزلي عليه أن يقول : إن تكميل الأحكام ما حصل بعنق هذا ، وإنما حصل بانضمامه إلى عنق التصيف الآخر ، فلم يُجزئُه . فإذا قلنا : لا يُجزئُ عنق التصفين . لم يُجزئ في هذه المسألة عن شيء من الكفارتين . وإن قلنا : يُجزئ . وكانت الكفارتان من جنس^(١٧) ، أجزأ العنق عنهما . وإن كانتا من جنسين ، فقد قيل : يُخرج على الوجهين . والصحيح أنه يُجزئ ، وجهًا واحدًا ؛ لأن عنق التصفين عنهما كعنق عبدتين عنهما .

فصل : ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبله ؛ لأن الحكم لا يجوز تقديمه على سببه ، فلو قال لعبيده : أنت حر الساعة عن ظهاري إن تظهرت^(١٨) . عتق ، ولم يُجزئُه عن ظهاره إن ظاهر^(١٩) ؛ لأنه قدّم الكفارة على سببها المختص ، فلم يُجز ، كما لو قدّم كفارة اليمين عليها ، أو كفارة القتل على الجرح . ولو قال لأمراته : إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمي . لم يُجز التكفير قبل دخول الدار ؛ لأنه تقديم للكفارة قبل الظهار . فإن اعتق عبدًا عن ظهاره ، ثم دخلت الدار ، عتق العبد ، وصار مظاهراً ، ولم يُجزئُه ؛ لأن الظهار مُعلق على شرط ، فلا يوجد قبل وجود شرطه . وإن قال لعبيده : إن ظاهر^(٢٠) ، فأنت حر عن ظهاري . ثم قال لأمراته : أنت على كظهر أمي . عتق العبد ، لوجود

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في ب نداء : آخر .

(١٨) في م : : ظاهرت .

(١٩) في الأصل ، ا : : يظهر .

(٢٠) في الأصل ، ا : : تظهرت .

الشرط ، وهل يُجزئُه عن الظَّهَارِ ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُجزئُه ؛ لِأَنَّهُ ^(٢١) عَتَقَ بَعْدَ الظَّهَارِ ، وَقَدْ نَوَى إِغْتَاقَهُ عَنِ الْكُفَّارَةِ . وَالثَّانِي ، لَا يُجزئُه ^(٢٢) ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَهُ مُسْتَحَقًّا بِسَبَبٍ آخَرَ ، وَهُوَ الشَّرْطُ ، وَلِأَنَّ النَّيَّةَ لَمْ تَوْجِدْ عِنْدَ عَتَقِ الْعَبْدِ ^(٢٣) ، وَالنَّيَّةُ عِنْدَ التَّعْلِيقِ لَا تُجزئُ ؛ لِأَنَّهُ تَقْدِيمٌ لَهَا عَلَى سَبَبِهَا . وَإِنْ قَالَ لِعَبْدِهِ : إِنْ ظَاهَرْتُ ^(٢٤) فَأَنْتَ حُرٌّ عَنْ ظَهَارِي . فَالْحُكْمُ فِيهِ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيقٌ لِعَتَقِهِ عَلَى الْمُظَاهَرَةِ .

(٢١) - سقط من : الأصل .

(٢٢) في الأصل : « التعليق » . وفي « ا » : « عتق » . وفي « م » : « العتق » .

(٢٣) في الأصل : « ا » ، ب : « يظهر » .

وهو مُشْتَقٌّ مِنَ اللَّعْنِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ يَلْعَنُ نَفْسَهُ فِي الْخَامِسَةِ إِنْ كَانَ كَاذِبًا . وَقَالَ الْقَاضِي : سُمِّيَ بِذَلِكَ لِأَنَّ الزَّوْجَيْنِ لَا يَتَفَكَّانِ مِنْ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا كَاذِبًا ، فَتُحْصَلُ اللَّعْنَةُ عَلَيْهِ ، وَهِيَ الطَّرْدُ وَالْإِبْعَادُ . وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ﴾ الْآيَاتُ ^(١) . وَرَوَى سَهْلُ بْنُ سَعْدٍ السَّاعِدِيُّ ، أَنَّ عُوَيْمَرَ الْعَجَلَانِيَّ ، أَمَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا فَيَقْتُلُهُ ^(٢) فَتَقْتُلُونَهُ ، أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « قَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ ^(٣) فِيكَ وَفِي صَاحِبَيْكَ ، فَأَذْهَبَ فَاتَّبَعَ بِهَا » . قَالَ سَهْلٌ : فَتَلَاعَنَّا ، وَأَنَا مَعَ النَّاسِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَلَمَّا قَرَعَا ، قَالَ عُوَيْمَرُ : كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ أَمْسَكْتُهَا . فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا ^(٤) قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥) . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٦) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَالَ : جَاءَ هَلَالُ بْنُ أُمَيَّةَ ، وَهُوَ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ تَابَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ ، فَجَاءَ مِنْ أَرْضِهِ عِشَاءً ، فَوَجَدَ عِنْدَ أَهْلِهِ رَجُلًا ، فَرَأَى بَعِيتِيهِ ، وَسَمِعَ بِأَذْنِيهِ ، فَلَمْ يَهْجُجْهُ ^(٧) حَتَّى أَصْبَحَ ، ثُمَّ غَدَا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنِّي جِئْتُ أَهْلِي ، فَوَجَدْتُ عَنْدهُمْ رَجُلًا ، فَرَأَيْتُ بَعِيتِي ، وَسَمِعْتُ بِأَذْنِي .

(١) من السادسة إلى التاسعة من سورة النور .

(٢) ق ب : « فقتله » . وفي الصحيحين : « أبقته » .

(٣) لم يرد في : ب . وفي صحيح مسلم : « قد نزل فيك » .

(٤-٤) ق م : « بحضرة » .

(٥) تقدم تخريجه في : ١٠ / ٣٣ .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٨ / ٣٧٣ .

(٧) ق م : « بهجه » . ولم بهجه : أى لم يزجج هلال ذلك الرجل ولم يفره .

فَكَرَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا جَاءَ بِهِ ، وَاشْتَدَّ عَلَيْهِ ، فَزَلَّتْ : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ ^(٨) أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ^(٩) ﴾ الْآيَتَيْنِ كِتَابَتَهُمَا ^(١٠) فَسُرِّيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : « أَبَشِّرْ يَا هَلَالُ ، فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَكَ فَرْجًا وَمَخْرَجًا » . قَالَ هَلَالُ : قَدْ كُنْتُ أَرْجُو ذَلِكَ مِنْ رَبِّي تَبَارَكَ وَتَعَالَى . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَرْسِلُوا إِلَيْهَا » . ^(١١) فَأَرْسَلُوا إِلَيْهَا ^(١٢) ، فَتَلَاها عليهما ^(١٣) رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، وَذَكَرَها ، وَأَخْبَرَهَا أَنَّ عَذَابَ الْآخِرَةِ أَشَدُّ مِنْ عَذَابِ الدُّنْيَا . فَقَالَ هَلَالُ : وَاللَّهِ لَقَدْ صَدَقْتُ عَلَيْهَا . فَقَالَتْ : كَذَبَ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَاعِنُوا بَيْنَهُمَا » . فَقِيلَ لِهَلَالٍ : اشْهَدْ . فَشَهِدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَيَمُنَ الصَّادِقِينَ ، فَلَمَّا كَانَتْ الْخَامِسَةُ قِيلَ : يَا هَلَالُ ، اتَّقِ اللَّهَ ، فَإِنَّ عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ / مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ ، وَإِنَّ هَذِهِ الْمُوجِبَةُ الَّتِي تُوجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَابَ . فَقَالَ : وَاللَّهِ لَا يُعَذِّبُنِي اللَّهُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَمْ يَجْلِدْنِي عَلَيْهَا . فَشَهِدَ الْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ . ثُمَّ قِيلَ لَهَا : اشْهَدِي . فَشَهِدَتْ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَيَمُنَ الْكَاذِبِينَ ، فَلَمَّا كَانَتْ الْخَامِسَةَ قِيلَ لَهَا : اتَّقِي اللَّهَ ، فَإِنَّ عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ ، وَإِنَّ هَذِهِ الْمُوجِبَةَ الَّتِي تُوجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَابَ . فَتَلَكَّاتُ سَاعَةً ، ثُمَّ قَالَتْ : وَاللَّهِ لَا أَفْضَحُ قَوْمِي . فَشَهِدَتْ الْخَامِسَةَ ، أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ . فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا ، وَقَضَى أَنْ لَا يَبِيتَ لَهَا عَلَيْهِ ، وَلَا قُوَّةَ ، مِنْ أَجْلِ أَنَّهُمَا يَتَفَرَّقَانِ ^(١٤) مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ ، وَلَا مُتَوَفَى عَنْهَا ، وَقَالَ : « إِنْ جَاءَتْ بِهِ أَصْبَحَ أَنْ يَصِيحَ ^(١٥) أَتَيْحَ ^(١٦) حَمَشَ ^(١٧) السَّاقِينَ ، فَهَوَّ

٩٩/٨ ظ

(٨-٨) ورد في واحد لما .

(٩) في ١ ، ب ، م : « كليهما » .

(١٠-١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في الأصل ، ١ ، ب : « عليهم » . والمثبت في : م ، وسنن أبي داود .

(١٢) في ١ ، م : « يفرقان » .

(١٣) في ١ ، ب ، م : « أبوضح » . والأنصح : تصغير الأرحح ، وهو خفيف الأكتين .

(١٤) الأتيح : تصغير الأتيح ، وهو الناقع التيج وهو ما بين الكاهل ووسط الظهر .

(١٥) في م : « أحمش » . وحمش الساقين : دققهما .

لِهَلَالٍ ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَوْرَقٌ ^(١٧) جَعَدًا ^(١٨) جُمَالِيًّا ^(١٩) خَدَّلَجَ السَّاقِينَ ^(٢٠) سَابِعَ
الْأَيْتَنِ ، فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيَ بِهِ . فَجَاءَتْ بِهِ أَوْرَقٌ ، جَعَدًا ، جُمَالِيًّا ، خَدَّلَجَ
السَّاقِينَ ، ^(٢٠) سَابِعَ الْأَيْتَنِ ^(٢١) ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ ، لَكُنَّا لِي
وَلَهَا شَانٌ » . قَالَ عِكْرَمَةُ : فَكَانَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمِيرًا عَلَى مُضَرَ ^(٢٢) ، وَمَا يُدْعَى لِأَبٍ ^(٢٣) .
وَلَاَنَّ الزَّوْجَ يَتَنَلَّى بِقَذْفِ امْرَأَتِهِ لِيَنْفَى الْعَارَ وَالنَّسَبَ الْفَاسِدَ ، وَتَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ ، فَجُعِلَ
اللُّعَانُ بَيِّنَةً لَهُ ، وَلِهَذَا لَمَّا نَزَلَتْ آيَةُ اللَّعَانِ ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَهْبِزْ يَا هَلَالُ ، فَقَدْ
جَعَلَ اللَّهُ لَكَ فَرْجًا وَمَخْرَجًا » .

١٣٢٧ - مسألة : قال أبو القاسم ، رحمه الله : (وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ انْبَالَعَةَ
الْحُرَّةُ الْمُسْلِمَةُ ، فَقَالَ لَهَا : زَنَيْتِ . أَوْ : يَا زَانِيَةً . أَوْ : زَانِيَتُكَ ثَرْيَيْنِ . وَلَمْ يَأْتِ
بِالْبَيِّنَةِ ، لَزِمَهُ النُّحْدُ ، إِنْ لَمْ يَلْتَعِنْ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا) .
الكلام في هذه المسألة في فصول :

أحدها ، في صِفَةِ الزَّوْجَيْنِ اللَّذَيْنِ يَصِحُّ اللَّعَانُ مِنْهُمَا ^(١) . وقد اختلفت الرواية
فيهما ، فروى أنه يصحُّ مِنْ كُلِّ زَوْجَيْنِ مُكَلَّفَيْنِ ، سَوَاءَ كَانَا مُسْلِمَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ ، أَوْ
عَدْلَيْنِ أَوْ فَاسِقَيْنِ ، أَوْ مُحَدِّودَيْنِ فِي قَذْفٍ ، أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَذَلِكَ . وبه قال سعيد ابن
المُسَيَّبِ ، وسليمان بن يسار ، والحسن ، وربيعة ، ومالك ، وإسحاق . قال أحمد ،
في رواية لإسحاق ^(٢) بن منصور : جميع الأزواج يلتعنون ؛ الحرُّ مِنَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ

(١٦) الأورق : الأسمر .

(١٧) الجعد من الشعر : خلاف السبط والقصير منه .

(١٨) الجمالي : الضخم الأعضاء التام الأوصال .

(١٩) خدلج الساقين : تمتلئهما وعظمتها .

(٢٠-٢١) سقط من : ب .

(٢٢) في النسخ : مصر . والمثبت من سنن أبي داود .

(٢٣) في الأصل ، أ ، م : الأب .

(١) في ب ، م : بينهما .

(٢) سقط من : ب ، م .

إذا كانت زَوْجَةً ، " وكذلك الْعَبْدُ مِنَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ إِذَا كَانَتْ زَوْجَةً " ، وكذلك / ١٠٠/٨
 الْمُسْلِمُ مِنَ الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ . وعن أحمد ، رواية أُخْرَى : لَا يَصِحُّ اللَّعَانُ إِلَّا مِنْ
 زَوْجَيْنِ مُسْلِمَيْنِ ، عَدْلَيْنِ ، حُرَّيْنِ ، غَيْرِ مَحْدُودَيْنِ فِي قَدْرِ . وَرَوَى هَذَا عَنْ
 الزُّهْرِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَحَمَادٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَعَنْ مَكْحُولٍ : لَيْسَ
 بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ لِعَانٌ . وَعَنْ عَطَاءٍ ، وَالتَّحْمِي ، فِي الْمَحْدُودِ فِي الْقَدْرِ : يُضْرَبُ
 الْحَدُّ ، وَلَا يُلَاعِنُ . وَرَوَى فِيهِ حَدِيثٌ لَا يَثْبُتُ . كَذَلِكَ ^(١) قَالَ الشَّافِعِيُّ ،
 وَالسَّاجِي ^(٢) . وَلِأَنَّ ^(٣) اللَّعَانَ شَهَادَةً ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا
 أَنْفُسُهُمْ ﴾ ^(٤) . فَاسْتَنْتَى أَنْفُسَهُمْ مِنَ الشُّهَدَاءِ . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ
 أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ ﴾ ^(٥) . فَلَا يَقْبَلُ مَعْنَى لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ . وَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ مَعْنَى لَا
 يُحَدُّ بِقَدْفِهَا ، لَمْ يَجِبِ اللَّعَانُ ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ لِإِسْقَاطِ الْحَدِّ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى :
 ﴿ وَيَلْزَمُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ ^(٦) . وَلَا حَدٌّ هُنَا ، فَيَنْتَهِي
 اللَّعَانُ لِانْتِفَائِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّدِ » أَنَّ مَنْ لَا يَجِبُ الْحَدُّ بِقَدْفِهَا ، وَهِيَ الْأَمَةُ ،
 وَالذَّمِّيَّةُ ، وَالْمَحْدُودَةُ فِي الزَّمَنِ ، لِزَوْجِهَا لِعَانُهَا ؛ لِنَفْيِ الْوَلَدِ خَاصَّةً ، وَلَيْسَ لَهُ لِعَانُهَا
 لِإِسْقَاطِ الْقَدْرِ وَالتَّعْزِيرِ ، لِأَنَّ الْحَدَّ لَا يَجِبُ ، وَاللَّعَانُ إِنَّمَا يُشْتَرَعُ لِإِسْقَاطِ حَدٍّ ، أَوْ نَفْيِ
 وَلَدٍ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا لَمْ يُشْتَرَعِ اللَّعَانُ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ
 أَزْوَاجَهُمْ ﴾ ^(٧) . الْآيَةُ ، وَلِأَنَّ اللَّعَانَ يَمِينٌ ، فَلَا يَنْتَقِرُ إِلَى مَا شَرَطُوهُ ، كَسَائِرِ الْأَيْمَانِ ،
 وَدَلِيلُ أَنَّهُ يَمِينٌ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْلَا الْأَيْمَانُ ، لَكُنَّا لِي وَلَهَا شَانٌ » ^(٨) .

(٣-٣) سقط من : ب .

(٤) في ب ، م : « وكذلك » .

(٥) ذكرها ابن يمين بن عبد الرحمن الساجي الحافظ ، كان من الثقات الأئمة ، وله كتاب « اختلاف الفقهاء » ، تولى
 سنة سبع وثلاثمائة . ترجمه السبكي ، في طبقات الشافعية الكبرى ٣ / ٢٩٩ - ٣٠١ .

(٦) سقطت الواو من : م .

(٧) سورة النور ٦ .

(٨) سورة النور ٨ .

(٩) تقدم تخريجه في : ٣٧٣/٨ .

وَأَنَّهُ يَفْتَحِرُ إِلَى اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَيَسْتَوِي فِي الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى . وَأَمَّا تَسْمِيَتُهُ شَهَادَةً ، فَلَقَوْلُهُ فِي يَمِينِهِ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ . فَسَمِيَ ذَلِكَ شَهَادَةً وَإِنْ كَانَ يَمِينًا ، كَمَا قَالَ تَعَالَى : ﴿ إِذَا جَاءَكَ الْمُنْفِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ ﴾ ^(١٠) وَلَأنَّ الزَّوْجَ يَخْتَانُ إِلَى نَفْسِ الْوَلَدِ ، فَيُشْرَعُ لَهُ طَرِيقًا إِلَى نَفْسِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ أَمْرَاتُهُ مِمَّنْ يُحَدُّ بِقَذْفِهَا . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ هِيَ الْمَنْصُوصَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَوَايَةِ الْجَمَاعَةِ . وَمَا يُخَالِفُهَا شَاذٌ فِي الثَّقَلِ . وَأَمَّا قَوْلُ الْحَرْقِيِّ : وَإِذَا قَذَفَ زَوْجَتَهُ الْبَالِغَةَ الْحُرَّةَ الْمُسْلِمَةَ . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ شَرَطَ هَذَا الْوُجُوبَ الْحَدَّ عَلَيْهِ ، لَا لِتَفْسِيهِ اللَّعَانَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا شَرْطًا عِنْدَهُ فِي الْمَرْأَةِ ، لِتَكُونَ مِمَّنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ بِقَذْفِهَا ، فَيَنْفِيهِ بِاللَّعَانِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي الزَّوْجِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ يَجِبُ عَلَيْهِ بِقَذْفِ الْمُحْصَنَةِ ، وَإِنْ / كَانَ ذِمِّيًّا أَوْ فَاسِقًا . فَأَمَّا قَوْلُهُ : مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا . فَفِيهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّهُ أَوْجِبَ عَلَيْهِ بِقَذْفِ زَوْجَتِهِ الْمُسْلِمَةِ ، وَالْكَافِرُ لَا يَكُونُ زَوْجًا مُسْلِمَةً ، فَيَحْتَاجُ إِلَى تَأْوِيلٍ لَفْظِهِ بِحَمْلِهِ عَلَى أَحَدِ شَيْئَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّ الزَّوْجَ يُلَاعِنُ زَوْجَتَهُ ، وَإِنْ كَانَ كَافِرًا ، فَرُدَّ ذَلِكَ إِلَى اللَّعَانِ ، لَا إِلَى ^(١١) الْحَدِّ . الثَّانِي ، أَنَّهُ أَرَادَ مَا إِذَا أَسْلَمَتْ زَوْجَتَهُ ، فَقَذَفَهَا فِي عِدَّتِهَا ، ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ ، فَإِنَّهُ يُلَاعِنُ .

ط ١٠٠/٨

فصل : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الزَّوْجَةِ مَذْحُولًا بِهَا ، أَوْ غَيْرَ مَذْحُولٍ بِهَا ، فِي أَنَّهُ يُلَاعِنُهَا . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَلَى هَذَا كُلِّ مَنْ تَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ ؛ مِنْهُمْ عَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحْمِي ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، بِظَاهِرِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . فَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَذْحُولٍ بِهَا ، فَلَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ ؛ لِأَنَّهَا فُرْقَةٌ مِنْهُ ^(١٢) . كَذَلِكَ قَالَ الْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، لَا صَدَاقَ لَهَا ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ حَصَلَتْ بِلِعَانِهَا جَمِيعًا ، فَأَشْبَهَ الْفُرْقَةَ لَعْنٍ فِي أَحَدِهِمَا .

(١٠) سورة المنافقون ١

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) في ب : منها ٤ .

فصل : فإن كان أحد الزوجين غير مكلف ، فلا لعان بينهما ؛ لأنه قولٌ تخصُّصٌ به الفرقة ، ولا يصحُّ من غير مكلف ، كالطلاق ، أو يمينٌ ، فلا تصحُّ من غير المكلف^(١٣) ، كسائر الأيمان . ولا يخلو غير المكلف من أن يكون الزوج ، أو الزوجة ، أو هُما ؛ فإن كان الزوج فله حالان ؛ أحدهما ، أن يكون طفلاً . والثاني ، أن يكون بالغاً زائلاً العقل . فإن كان طفلاً لم يصح منه القذف ، ولا يلزمه به حدٌ ؛ لأنَّ القلم مرفوع عنه ، وقوله غير معتبر ، وإن أتت امرأته بولد ؛ نظرنا ، فإن كان لدون عشر سنين ، لم يلحقه الولد ، ويكون منفيًا عنه ؛ لأنَّ العلم يحيط بأنه ليس منه ، فإن الله عزَّ وجلَّ لم يُجرِ العادة بأن يولد له لدون ذلك ، فينتفي عنه ، كما لو أتت به^(١٤) المرأة لدون سبعة أشهر منذ تزوجها . وإن كان ابنَ عشر^(١٥) فصاعدًا ، فقال أبو بكر : لا يلحق به إلا بعد البلوغ أيضًا ؛ لأنَّ الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل والمرأة ، ولو أنزلَ نزلًا . وقال ابنُ حَامِدٍ : يلحق به . قال القاضي : وهو ظاهرُ كلامِ أحمد . وهذا مذهبُ الشافعي ؛ لأنَّ الولد يلحق بالإمكان ، وإن خالف الظاهر ، ولهذا لو أتت بولدٍ لسبعة أشهر من حين العقد ، لحقَّ بالزوج ، وإن كان خلافَ الظاهر ، وكذلك يلحق به إذا أتت / به لأربع سنين ، مع نذرته . وليس له نفيه في الحال ، حتى يتحقَّق بُلُوغُهُ بأحد أسباب البلوغ ، فله نفى الولد أو استلحاقه^(١٦) . فإن قيل : فإذا ألحقتم به الولد ، فقد حكمتُم ببلوغه ، فهل سمعتم نفيه ولعانه ؟ قلنا : إلحاق الولد يكفي فيه الإمكان ، والبلوغ لا يثبت إلا بسببٍ ظاهر ، ولأنَّ إلحاق الولد به حقٌّ عليه ، وللعان حقٌّ له ، فلم يثبت مع الشك . فإن قيل : فإن لم يكن بالغًا انتفى عنه الولد ، وإن كان بالغًا انتفى عنه بالعان^(١٧) . قلنا : إلا أنَّه لا يجوزُ أن يَتَدَيَّ البين مع الشك في صحتها ، فسقطت

١٠١/٨

(١٣) في الأصل : مكلف .

(١٤) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٥) في إنشاده : سنين .

(١٦) في م : واستلحاقه .

(١٧) في ب ، م : اللعان .

للشك فيها . الثاني ، إذا كان زائل العقل لجُنُونٍ^(١٨) ، فلا^(١٩) حُكْمٌ لِقَدْفِهِ ؛ لأنَّ القَلَمَ عنه مرفوعٌ أيضاً ، وإنْ أثبت امرأته بوليد ، فنسبُه لا يحقُّ به لإمكانه ، ولا سبيلٌ إلى نفيه مع زوال عقله ، فإذا عقل ، فله نفى الولد حينئذٍ واستلحاقه . وإن ادَّعى أنَّه كان ذاهبَ العقل حين قدفه ، وأتكرث ذلك ، ولأحدهما بَيِّنَةٌ بما قال ، ثبتَّ قوله . وإن لم يكن لواحدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، ولم يكن له حالةٌ عُلِمَ فيها زوالُ عقله ، فالقولُ قولُها مع يمينها ؛ لأنَّ الأصلَ والظاهرَ الصَّحَّةُ والسَّلامةُ . وإن عُرِفَتْ له حالةٌ جُنُونٍ ، ولم تُعرَفْ له حالةٌ إفاقةٍ ، فالقولُ قولُه مع يمينه ، وإن عُرِفَتْ له حالةٌ جنونٍ وحالةٌ إفاقةٍ ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، القولُ قولُها . قال القاضي : هذا قياسُ قولِ أصحابنا في المَلْفُوفِ إذا ضَرَبَهُ فَقَدَهُ ، ثم ادَّعى أنَّه كان ميِّتاً ، وقال الوليُّ : كان حيًّا . والوجهُ الثاني ، أنَّ القولَ قولُه ؛ لأنَّ الأصلَ براءةُ ذمِّه من الحَدِّ ، فلا يجبُ بالشكِّ ، ولأنَّ الحَدَّ يسقطُ بالشبهةِ ، ولا يشبهُ هذا المَلْفُوفُ ، لأنَّ المَلْفُوفَ قد عُلِمَ أنَّه كان حيًّا ، ولم يُعَلَمَ منه ضيْدٌ ذلك ، فتَظْهَرُ في مسألتنا أنَّه يُعرَفُ له حالةٌ إفاقةٍ ، ولا يُعَلَمُ منه ضيْدُها ، وفي مسألتنا قد تقدَّم له حالةٌ جنونٍ ، فيجوزُ أنْ تُكوْنَ قد استمرَّتْ إلى حينِ قَدْفِهِ . وأمَّا إنْ كانتِ الزَّوْجَةُ غيرَ مُكَلَّفَةٍ ، فَقَدْفُهَا الزَّوْجُ ؛ نَظَرْنَا ، فإنْ كانتِ طِفْلَةٌ لا يُجَامَعُ مِثْلُهَا ، فلا حَدَّ على قاذِفِهَا ؛ لأنَّه قولٌ يَتَيَقَّنُ كذبُه فيه ، وبِراءَةٌ عَرَضِيَّتُهَا منه ، فلم يجبْ به حَدٌّ كَالْوَقْدِ : أهلُ الدُّنْيَا زَانَةٌ . وَلَكِنَّهُ يُعَزَّرُ لِلسَّبِّ ، لا لِلْقَدْفِ ، ولا يُحتَاجُ في التَّعْزِيرِ إلى مُطَالَبَةٍ ؛ لأنَّه مَشْرُوعٌ لِنَادِيهِ ، ولِلْإِمَامِ فَعْلُهُ إِذَا رَأَى ذَلِكَ . فإنْ كانتِ مُجَامَعُ مِثْلُهَا ، كَابْنَةٍ / تَسَعِ سِنِينَ ، فعليه الحَدُّ ، وليس لَوَلِيِّهَا ولا لها المطالبةُ به حتى تُبْلَغَ ، فإذا بَلَغَتْ فَطالِبَتْ ، فلها الحَدُّ ، وله إسقاطُه باللَّعَانِ ، وليس له لعانُها قبلَ البُلُوغِ ؛ لأنَّ اللَّعَانَ يُرَادُ لإسقاطِ الحَدِّ أو نَفْيِ الْوَلَدِ ، ولا حَدَّ عليه قبلَ بُلُوغِهَا ، ولا وَلَدٌ فَيَنْفِيهِ ، فإنْ أثبت بوليدَ حُكْمَ بُلُوغِهَا ؛ لأنَّ الحَمْلَ أَحَدُ أَسْبَابِ الْبُلُوغِ ، ولأنَّه لا يَكُونُ إلَّا مِنْ نُطْقَتِهَا ، فَمِنْ ضَرُورَتِهِ إِنْزَالُهَا ، وهو مِنْ أَسْبَابِ بُلُوغِهَا .

(١٨) في ١ : مجنون .

(١٩) في ب ، م : فلا .

وإن قَدْفَ امرأته المجنونة يرمى أضافه إلى حال إفاقتهَا ، أو قَدْفَهَا وهى عاقلة ، ثم جُنَّت ، لم يَكُنْ لها المطالبة ، ولا لوليها قَبْلَ إفاقتهَا ؛ لأنَّ هذا طريقه التَّشْفِي ، فلا يَتَوَبَّعُ عنه الوليُّ فيه ، كالقصاصي ، فإذا أفاقَتْ فلها المطالبةُ بِالْحَدِّ ، وللزوج إسقاطه باللعان ، وإن أرادَ إلعانها في حال جنونها ، ولا وَلَدٌ يَنْفِيه ، لم يَكُنْ له ذلك ؛ لعدم الحاجة إليه ، لأنَّه لم يَتَوَجَّعْ عليه حَدٌّ فَيُسْقَطْهُ ، ولا نَسَبٌ يَنْفِيه . وإن كان هناك وَلَدٌ يَرِيدُ نَفْيَه ، فالذي يَقْتَضِيهِ المذهب أَنَّهُ لا يُلَاعِنُ ، وَيُلْحَقُهُ الْوَلَدُ ؛ لأنَّ الولدَ إِنَّمَا يَنْتَفِي بِاللَّعَانِ مِنَ الزَّوْجَيْنِ ، وهذه لا يَصِحُّ منها إلعانٌ . وقد نصَّ أحمدٌ ، في الخُرْسَاءِ ، أَنَّ زوجها لا يُلَاعِنُ . فهذه أولى . وقال الجِرْفِيُّ في العاقلة : لا يُعْرَضُ له حتى تُطالِبَهُ زَوْجته . وهذا قول أصحاب الرأْيِ ؛ لأنها أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، فلم يُشْرَعْ لللعان مع جنونه ^(٢٠) ، كالزَّوْج ، ولأنَّ إلعانَ الزَّوْجِ وحده لا يَنْتَفِي به الْوَلَدُ ، فلا فائدة في مشروعيتها . وقال القاضى : له أن يُلَاعِنَ لتفني الْوَلَدِ ؛ لأنه مُحْتَاجٌ ^(٢١) إلى نَفْيِه ، فَيُشْرَعُ ^(٢٢) له طريق إلى نَفْيِه . وقال الشافِعِيُّ : له أن يُلَاعِنَ . وظاهر مذهبه أَنَّ له إلعانها مع عَدَمِ الْوَلَدِ ، لدخوله في عُمُومِ قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ ﴾ . ولأنَّه زَوْجٌ مُكَلَّفٌ ، قَاضٍ لأمْرته ، التى يُؤَلِّدُ لِمُثْلِهَا ، فكان له أن يُلَاعِنَهَا ، كما لو كانت عاقلة .

فصل : فأما الْأَخْرَسُ وَالْخُرْسَاءُ ؛ فَإِنْ كَانَا غَيْرَ مَعْلُومِي الْإِشَارَةِ وَالْكِتَابَةِ ، فهما كَالْمَجْنُونَيْنِ فيما ذَكَرناه ؛ لأنه لا يُتَصَوَّرُ منهما إلعانٌ ، ولا يُعْلَمُ مِنَ الزَّوْجِ قَدْفٌ ، ولا مِنَ الْمَرْأَةِ مَطَالِبَةٌ . وإن كَانَا مَعْلُومِي الْإِشَارَةِ وَالْكِتَابَةِ ، فقد قال أحمدٌ ؛ إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ خُرْسَاءً لَمْ تُلَاعِنْ ؛ لأنه لا تُعْلَمُ مَطَالِبَتُهَا . وحكاها ابنُ الْمُنْذِرِ عن أحمدَ ، وأبى عُثَيْبٌ ، وإِسْنَادُ ^(٢٣) ، وأصحابُ الرأْيِ . وكذلك يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي الْأَخْرَسِ ؛ وذلك لِأَنَّ اللَّعَانَ لَفْظٌ يَقْتَضِي إِلَى الشَّهَادَةِ ، فلم يَصِحَّ مِنَ الْأَخْرَسِ ، / كَالشَّهَادَةِ الْحَقِيقَةِ ، وَلَئِنْ

(٢٠) ق ١ : ١ : مجنونه .

(٢١) ق ١ : ١ : يحتاج .

(٢٢) ق ب ، م : ١ : فشرع .

(٢٣) سقط من : م .

الْحَدَّ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، ^(٢٤) وَالْإِشَارَةُ لَيْسَتْ ^(٢٥) صَرِيحَةً كَالنُّطْقِ ، فَلَا ^(٢٦) تُخْلُو مِنْ
 اخْتِمَالٍ وَتَرُدُّ ، فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ بِهَا ، كَمَا لَا يَجِبُ عَلَى أَجَنَبِيٍّ بِشَهَادَتِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي ،
 وَأَبُو الْخَطَّابِ : هُوَ كَالنَّاطِقِ فِي قَذْفِهِ وَلِعَانِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ
 طَلَاقُهُ ، فَصَحَّ قَذْفُهُ وَلِعَانُهُ ، كَالنَّاطِقِ ، وَيُقَارَقُ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ حُصُولُهَا مِنْ
 غَيْرِهِ ، فَلَمْ تَدْخُ الْحَاجَةُ إِلَى الْأَخْرَسِ ، وَفِي اللَّعَانِ لَا يَحْصُلُ إِلَّا مِنْهُ ، فَدَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى
 قَبُولِهِ مِنْهُ ، كَالطَّلَاقِ . وَالْأَوَّلُ أَحْسَنُ ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الْقَذْفِ وَجُوبُ الْحَدِّ ، وَهُوَ يُدْرَأُ
 بِالشُّبُهَاتِ ^(٢٧) ، وَمَقْصُودُ اللَّعَانِ الْأَصْلِيُّ نَفْيُ النَّسَبِ ، وَهُوَ يَثْبُتُ بِالْإِمْكَانِ ، مَعَ
 ظَهْرِ انْتِفَائِهِ ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُشْتَرَعَ مَا يَنْفِيهِ ، وَلَا مَا يُوجِبُ الْحَدَّ مَعَ الشُّبُهَةِ الْعَظِيمَةِ ،
 وَلِذَلِكَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الشَّهَادَةَ تَحْصُلُ مِنْ غَيْرِهِ . قُلْنَا : قَدْ لَا تَحْصُلُ إِلَّا
 مِنْهُ ؛ لِاخْتِصَاصِهِ بِرُؤْيَا الْمُشْهُودِ بِهِ ^(٢٨) ، أَوْ سَمَاعِهِ ^(٢٩) .

فصل : فَإِنْ قَذَفَ الْأَخْرَسُ وَلَا عَيْنَ ^(٣٠) ثُمَّ تَكَلَّمَ ، فَأُتِيَ الْقَذْفَ وَاللَّعَانَ ، لَمْ يُقْبَلْ
 إِنْكَارُهُ لِلْقَذْفِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لَغَيْرِهِ بِحُكْمِ الظَّاهِرِ ، فَلَا يُقْبَلُ إِنْكَارُهُ لَهُ ، وَيُقْبَلُ
 إِنْكَارُهُ لِلْعَانِ عَلَيْهِ ، فَيُطَالَبُ بِالْحَدِّ ، وَيُلْحَقَهُ النَّسَبُ ، وَلَا تُعَوَّدُ الزَّوْجِيَّةُ . فَإِنْ
 قَالَ : أَنَا الْأَعْيَنُ لِلْحَدِّ وَنَفْيُ النَّسَبِ . كَانَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَزِمَهُ بِإِقْرَارِهِ أَنَّهُ لَمْ يُلَاعِنَ ،
 فَإِذَا أَرَادَ أَنْ يُلَاعِنَ كَانَ لَهُ ذَلِكَ .

فصل : فَإِنْ قَذَفَهَا وَهُوَ نَاطِقٌ ، ثُمَّ خَرِسَ ، وَأَيْسَ مِنْ نُطْقِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ
 الْأَخْرَسِ ^(٣١) الْأَصْلِيِّ ، وَإِنْ رُجِيَ عَوْدُ نُطْقِهِ ، وَزَوَّالُ خَرِسِهِ ، انْتِظَرَ بِهِ ذَلِكَ ، وَيُرْجَعُ

(٢٤-٢٤) في ب ، م : : وَالشَّهَادَةُ لِنِسْبَةٍ .

(٢٥) في الأصل ، أ : : وَلَا .

(٢٦) في م : : بِالشَّهَادَةِ .

(٢٧) في م : : لَهُ .

(٢٨) في م : : إِسْمَاعِهِ .

(٢٩) في ب ، م : : أَوْ لَاعِنٍ .

(٣٠) سقط من : م .

في معرفة ذلك إلى قول عدلين من أطباء المسلمين . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . وذكر بعضهم أنه يلاعن في الحالكين بالإشارة ؛ لأن أمانة بنت أبي العاصي أصممت ، فقيل لها : لفلان كذا ، ولفلان كذا ؟ فأشارت أن نعم . فرأوا أنها وصيبة . وهذا لا حجة فيه ؛ لأنه لم يذكر من الراوي لذلك ، ولم يعلم أنه قول من قوله حجة ، ولا علم هل كان ذلك لحرس يرجي زواله أو لا ؟ وقال أبو الخطاب في من اعتقل لسانه ، وأيس من نطقه : هل يصيح لعانه بالإشارة ؟ على وجهين .

فصل : وكل موضع لا لعان فيه ، فالتسبب لأحق فيه ، ويجب بالقذف موجب من الحد والتعزير ، إلا أن يكون القاذف صبيًا ، أو مجنونًا ، فلا ضرب / فيه ، ولا لعان . ١٠٢/٨ ط
كذلك قال الثوري ، ومالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وقال : ولا أحفظ عن غيرهم بخلافهم .

الفصل الثاني : أنه لا لعان بين غير الزوجين ، فإذا قذف أجنبيةً مُحَصَّنَةً ، حد ولم يلاعن ، وإن لم تكن مُحَصَّنَةً عَزْر ، ولا لعان أيضًا . ولا خلاف في هذا ؛ وذلك ^(٣١) لأن الله تعالى قال : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَثْبَاتٍ مِنْهُنَّ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ^(٣٢) 》 . ثم خص الزوجات من عموم هذه الآية بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ^(٣٣) 》 . ففيما عداهن يبقى على قضية العموم . وإن ملك أمة ، ثم قذفها ، فلا لعان ، سواء كانت فراشًا له ، أو لم تكن ، ولا حد عليه بقذفها ، ويعزر . فإن أثبت بوليد نظرنا ؛ فإن لم يعترف بوطئها ، لم يلحقه تسب ، ولم يحتاج إلى نفيه ، وإن اعترف بوطئها ، صارت فراشًا له . وإذا أثبت بوليد لمدة الحمل من يوم الوطء لبحقه . وهذا قال مالك ، والشافعي . وقال الثوري ، وأبو حنيفة : لا تمييز فراشًا له حتى يقر بولدها ، فإذا أقر به صارت فراشًا له ^(٣٤) ، ولحقه أولادها بعد ذلك ؛ لأنها لو

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) سورة النور ٤ .

(٣٣) سقط من : الأصل ، ب .

صارث فراشا بالوطء^(٣٤)، لصارث فراشا^(٣٥) بإباحته ، كالزوجة . ولنا ، أن سفدانا ز ع
عبد بن زمنة في ابن وليدة زمنة ، فقال : هو أختي ، وابن وليدة أمي ، ولد على فراشه .
فقال النبي ﷺ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمَنَةَ ، وَلَدٌ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » .
مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣٦) . وَرَوَى ابْنُ عَمْرٍ ، أَنَّ^(٣٧) عَمْرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : مَا بَالُ رَجَالٍ
يَطَاوُنُ وَلَا يَذْهَبُ ، ثُمَّ يَغْزِلُونَهُنَّ ، لَا تَأْتِيْنِي وَلِيدَةٌ يَغْتَرِفُ سَيْدَهَا أَنَّهُ أَلَمَ بِهَا ، إِلَّا لَحِقَتْ بِهِ
وَلَدَهَا ، فَاغْزَلُوا بَعْدَ ذَلِكَ ، أَوْ أَثَرُ كَوَا^(٣٨) . وَلَأنَّ الْوَطْءَ يَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ ، فَإِذَا
كَانَ مَشْرُوعًا صَارَتْ بِهِ الْمَرْأَةُ فِرَاشًا ، كَالنِّكَاحِ ، وَلَأنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا سُمِّيَتْ فِرَاشًا تَجُوزُ ، إِمَّا
لِمُضَاجَعَتِهَا عَلَى الْفِرَاشِ ، وَإِمَّا لَكَوْنِهَا تَحْتَهُ فِي حَالِ الْمُجَامَعَةِ ، وَكِلَا الْأَمْرَيْنِ
يَحْصُلُ فِي الْجَمَاعِ ، وَقِيَاسُهُمُ الْوَطْءَ عَلَى الْمَلِكِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ
الْمُصَاهَرَةِ ، وَلَا يَحْصُلُ مِنْهُ الْوَلَدُ بِدُونِ الْوَطْءِ ، وَيُفَارِقُ النِّكَاحَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُرَادُ إِلَّا^(٣٩)
لِلْوَطْءِ ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ ، وَلَا يَتَعَلَّقُ فِي مَحَلٍّ يَحْرُمُ الْوَطْءُ فِيهِ ، كَالْمَجُوسِيَّةِ
وَالزُّنُبِيَّةِ وَذَوَاتِ^(٤٠) مُحَارِمِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنْ أَرَادَ نَفْيَ وَلِدِ امْتِهِ الَّتِي يَلْحَقُهَا وَلَدُهَا / ،
فَطَرِيقُهُ أَنْ يَدَّعِيَ أَنَّهُ اسْتَبْرَأَهَا بَعْدَ وَطْئِهِ بِهَا بِحَيْضَةٍ ، فَيَنْتَفِي بِذَلِكَ . وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ
يَغْزِلُ عَنْهَا ، لَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ بِذَلِكَ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ إِلَى رَسُولِ
اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ لِي جَارِيَةً ، وَأَنَا أَطُوفُ عَلَيْهَا ، وَأَنَا أَكْرَهُ أَنْ تُحْمَلَ . فَقَالَ :
« اغْزِلْ عَنْهَا إِنْ شِئْتَ ، فَإِنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قَدَّرَ لَهَا » . قَالَ : فَلَبِثَ الرَّجُلُ ، ثُمَّ أَتَاهُ ،
فَقَالَ : إِنَّ الْجَارِيَةَ قَدْ حَمَلَتْ . قَالَ : « قَدْ أَخْبَرْتُكَ أَنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قَدَّرَ لَهَا » . رَوَاهُ أَبُو

(٣٤-٣٥) سقط من : ب .

(٣٥) تقدم ترجمته في : ٣١٦/٧ .

(٣٦) في م : ١ عن ٤ .

(٣٧) أخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٤٢/٢ . والبيهقي ،
في : باب الولد للفراش بالوطء ... ، من كتاب اللعان . السنن الكبرى ٤١٣/٧ . وعبد الرزاق ، في : باب الرجل
بطأ سرته وينتفي من حملها ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٣٢/٧ .

(٣٨) سقط من : م .

(٣٩) في م : ١ وذواتي ٤ .

داود^(٤٠) . وروى عن أبى سعيد ، أنه قال : كنت أغزل عن جابتي ، فولدت أحب الخلق إلي^(٤١) . يعنى ابنته . ولحديث عمر الذى ذكرناه . ولأنه حكم بعلق الوطء ، فلم يعتبر معه الإزال ، كسائر الأحكام . وقد قيل : إنه ينزل من الماء ما يحس به . وإن أقر بالوطء دون الفرج ، أو فى الدبر ، لم يصير بذلك فرأشا ؛ لأنه ليس بمنصوص عليه ، ولا فى معنى المنصوص ، ولأنه يتنقى عنه الولد بدغوى الاستبراء إذا أتت به بعد الاستبراء بمدة الحمل ، فهنا أولى . وروى عن أحمد ، أنها تصير فرأشا ؛ لأنه قد يجامع ، فيسبق الماء إلى الفرج . ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين . وإذا ادعى الاستبراء ، قيل قوله بغير يمين ، فى أحد الوجهين ؛ لأن من قيل قوله فى الاستبراء ، قيل بغير يمين ، كالمرأة تدعى انقضاء عديتها . وفى الآخر ، يستحلف . وهو مذهب الشافعى ؛ لعدم قوله عليه السلام : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ »^(٤٢) . ولأن الاستبراء غير مختص به ، فلم يقبل قوله فيه بغير يمين ، كسائر الحقوق ، بخلاف العدة . ومتى لم يدع الاستبراء ، لحقه ولدها ، ولم يتنق عنه . وقال الشافعى ، فى أحد قوليّه : له نفية باللعان ؛ لأنه ولد^(٤٣) لم يرض به ، فأشبه ولد المرأة . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . فحصى بذلك الأزواج ، ولأنه ولد يلحقه نسبه من غير الزوجة ، فلم يملك نفية باللعان ، كالوطء أجنبيّة بشبهة ، فالحقت القافة ولدها به ، ولأن له طريقا إلى نفى الولد بغير اللعان ، فلم يحتج إلى نفية باللعان ، فلا يشترع ، ولأنه إذا وطئ أمته ولم يستبرئها ، فأتى بولد ، احتمل أن يكون منه ، فلم يجز له نفية ؛ لكون النسب يلحق بالإمكان ، فكيف مع^(٤٤) الظهور ووجود^(٤٥) سببه ! ولو ادعى الاستبراء . فأتى بولدين ، فأقر بأحدهما / ونفى الآخر ، لحقاه معا ؛ لأنه لا يمكن جعل أحدهما منه

١٠٣/٨ ط

(٤٠) تقدم ترجمته فى : ٢٣٠/١٠ .

(٤١) تقدم ترجمته فى : ٥٢٥ / ٦ .

(٤٢) سقط من : م .

(٤٣-٤٤) فى م : ظهور وجود .

وَالْآخَرِ مِنْ غَيْرِهِ ، وَهَذَا حَمْلٌ وَاحِدٌ ، وَلَا يَجُوزُ نَفْيُ الْوَلَدِ الْمُقَرَّبِ عَنْهُ ^(١٤) مَعَ إِقْرَارِهِ بِهِ ^(١٥) ، فَزَجَبَ لِإِحْقَاقِهِمَا بِهِ مَعًا . وَكَذَلِكَ إِنْ أَثَبْتُ أَنََّّهُ التِّي لَمْ يَتَعَرَّفَ بِوَطْئِهَا بِتَوَاضُعٍ ، فَاعْتَرَفَ بِأَحَدِهِمَا ، وَنَفَى الْآخَرَ .

فصل : وَإِذَا نَكَحَ امْرَأَةً نِكَاحًا فَاسِدًا ، ثُمَّ قَذَفَهَا ، وَبَيْنَهُمَا وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، فَلَهُ أَنْ يُلَاعِنَ لِنَفْيِهِ ، وَلَا حُدَّ عَلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ ، حُدَّ وَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُلْحَقُ الْوَلَدُ ، وَلَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ ، وَلَا اللَّعَانُ ؛ لِأَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ ، فَأَشْبَهَتْ سَائِرَ الْأَجْنَبِيَّاتِ ، أَوْ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا وَلَدٌ يُلْحَقُهُ بِحُكْمِ عَقْدِ النِّكَاحِ ، فَكَانَ لَهُ نَفْيُهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ النِّكَاحُ صَحِيحًا ، وَيُفَارِقُ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ ، فَإِنَّهُ ^(١٦) لَا حَاجَةَ إِلَى الْقَذْفِ ؛ لَكُونِهَا أَجْنَبِيَّةً ، وَيُفَارِقُ سَائِرَ الْأَجْنَبِيَّاتِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُلْحَقُهُ وَلَدُهُنَّ ، فَلَا حَاجَةَ بِهِ إِلَى قَذْفِهِنَّ ، وَيُفَارِقُ الزَّوْجَةَ . فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى قَذْفِهَا مَعَ عَدَمِ الْوَلَدِ ، لَكُونِهَا خَائِنَةً ^(١٧) وَغَاظَتَهُ وَأَفْسَدَتْ فِرَاشَهُ ، فَإِذَا كَانَ لَهُ مِنْهَا وَلَدٌ ، فَلَا حَاجَةَ مَوْجُودَةً فِيهَا ، وَإِذَا لَاعَنَ سَقَطَ الْحُدُّ ؛ لِأَنَّهُ لِعَانٌ مَشْرُوعٌ ^(١٨) نَفَى النِّسْبَ ^(١٩) ، فَاسْتَقَطَ الْحُدَّ ، كَاللِّعَانِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ . وَهَلْ يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ الْمُؤَبَّدُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّهُ لِعَانٌ صَحِيحٌ ، أَشْبَهَ لِعَانَ الزَّوْجَةِ . وَالثَّانِي ، لَا يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ لَمْ تَحْصُلْ بِهِ ، فَإِنَّهُ لَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا يَحْصُلُ قَطْعُهُ بِهِ ، بِخِلَافِ لِعَانِ الزَّوْجَةِ ، فَإِنَّ الْفُرْقَةَ حَصَلَتْ بِهِ . وَلَوْ لَاعَنَتْهُ مِنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، لَمْ يُسْقِطِ الْحُدَّ ، وَلَمْ يَثْبُتِ التَّحْرِيمُ الْمُؤَبَّدُ ؛ لِأَنَّهُ لِعَانٌ فَاسِدٌ ، فَلَمْ يَثْبُتْ أَحْكَامُهُ . وَسَوَاءٌ اعْتَقَدْتُ أَنَّ النِّكَاحَ صَحِيحًا أَوْ لَمْ يَعْتَقَدْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ فِي نَفْسِهِ لَيْسَ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَاعَنَ أَجْنَبِيَّةً يَظُنُّهَا زَوْجَتَهُ .

(١٤-١٥) في ١ : نَفَى الْوَلَدِ .

(١٥) في ١ : لِأَنَّهُ .

(١٦) في م : خَائِنَةً ، وَغَرِيفٌ .

(١٧-١٨) في م : نَفَى الْحُدَّ .

فصل : فلو أبان زوجته ، ثم قذفها بزنى أضافه إلى حال الزوجية ، فهي كالمسألة قبلها ؛ إن كان بينهما ولد يُرَدُّ نفيه ، فله أن ينفيه باللعان ، والأحد ولم يُلاعِن . وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : يُحَدُّ ، ويُلْحَقُّه الولد ، ولا يُلاعِن . وهو قول عطاء . وزوجه المذمَّيتان ما تقدَّم في التي قبلها . وقال عثمان البثي : له أن يُلاعِن ، وإن لم يكن / بينهما ولد . وروى عن ابن عباس ، والحسن ، أنه يُلاعِنها ؛ لأنه قذف مُضاف إلى حال الزوجية ، أشبه ما لو كانت زوجته . ولنا ، أنه إذا كان بينهما ولد فبه حاجة إلى القذف ، فشرع ، كما لو قذفها وهي زوجته ، وإذا لم يكن له ولد ، فلا حاجة به إليه ، وقد قذفها وهي أجنبية^(٤٨) ، فأشبه ما لو لم يضيفه إلى حال الزوجية . ومتى لأعنها اتقى ولدها اتقى ، وسقط عنه الحد . وفي ثبوت التحريم المؤبد وجهان . وهل له أن يُلاعِنها قبل وضع الولد ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأنَّ مَنْ كان له لعانها بعد الوضع ، كان له لعانها قبله ، كالزوجة . والثاني ، ليس له ذلك ، وهو ظاهر قول الخرقي ؛ لأنَّ الولد عنده لا يتقَّى في حال الحمل ، ولأنَّ اللعان إنما يثبت ههنا لأجل الولد ، فلم يجز أن يُلاعِن إلا بعد تحقُّقه بوضعه ، بخلاف الزوجية ، فإنه يجوز لعانها مع عدم الولد . وهكذا الحكم في نفي الحمل في النكاح الفاسد .

فصل : إذا اشترى زوجته الأمة ، ثم أقرَّ بوطئها ، ثم أثبت بولده لسيِّئته أشهر ، كان لاحقاً به ، ولم يتنَّفِ عنه إلا بدعوى الاستبراء ؛ لأنه مُلْحَقُّ به بالوطء في الملك دون النكاح ، لكنَّ الملك حاضراً ، فصار كالزوج الثاني ، يلحقُّ به الولد وإن أمكن أن يكون من الأوَّل . وإن لم يكن أقرَّ بوطئها ، أو أقرَّ به فأثبت بولده لدون سيِّئته أشهر مُنْذُ وُطئ ، كان مُلْحَقاً بالنكاح ، إن أمكن ذلك ، وله نفيه باللعان ، وهل يثبت هذا اللعان التحريم المؤبد ؟ على وجهين .

فصل : إذا قذف مُطْلَقَتَهُ الرَّجْعِيَّةَ ، فله لعانها ، سواء كان بينهما ولد أو لم يكن . قال أبو طالب : سألت أبا عبد الله ، عن الرجل يُطْلَقُ تَطْلِيقاً أو تَطْلِيقَتَيْنِ ، ثم يَفْذِئُهَا .

(٤٨) في الأصل : قذف .

قال : قال ابن عباس : لا يُلاعِنُ ، ويُجلَدُ . وقال ابن عمر : يُلاعِنُ ما كانت^(١١) في العِدَّةِ . قال : وقول ابن عمر أجود ؛ لأنها زَوْجَتُهُ^(١٢) ، وهو يرثها ورثته ، فهو يُلاعِنُ . وهذا قال جابر بن زيد ، والنخعي ، والزهرى ، وقتادة ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن ابن عمر ؛ لأنَّ الرجعية زَوْجَةٌ فكان له لعانها ، كما لو لم يُطلقها .

فصل : وإن قَذَفَ زَوْجَتَهُ ثم أبانها ، فله لعانها . نصُّ / عليه أحمد ، سواء كان له ولد أو لم يكن . وروى ذلك عن ابن عباس . وبه قال الحسن ، والقاسم بن محمد ، ومكحول^(١٣) ، ومالك ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال الحارث العكلي ، وجابر بن زيد ، وقتادة ، والحكم : يُجلَدُ . وقال حماد بن أبى سليمان ، وأصحاب الرأي : لا حَدَّ ولا لعان ؛ لأنَّ اللعان إنما يكون بين الزَّوجَيْنِ ، وليس هذان بزَّوجَيْنِ ، ولا يُحدُّ ؛ لأنه لم يَقْذِفْ أجنبيةً . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . وهذا قد رَمَى زَوْجَتَهُ^(١٤) ، فدخل في عموم الآية ، وإذا^(١٥) لم يُلاعِنُ وجب الجَدُّ بعموم قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ . ولأنَّه قاذِفٌ لِرَّوْجَتِهِ ، فوجب أن يكون له أن يُلاعِنَ ، كما لو كانا على النكاح إلى حالة اللعان .

فصل : فإن قالت : قَذَفْتَنِي قَبْلَ أَنْ يَتَزَوَّجَنِي . وقال^(١٦) : بل بَعْدَهُ . أو قالت : قَذَفْتَنِي بَعْدَ مَا بَشَّ مِنْهُ^(١٧) . وقال : بل قَبْلَهُ . فالقول قوله ؛ لأنَّ القول قوله في أصل

(٤٩) في م : د دامت .

(٥٠) في الأصل ، ا : د زوجة .

(٥١) سقط من : الأصل .

(٥٢) في ب : د زوجة .

(٥٣) سقطت البو من : ١ ، م .

(٥٤) في إنباءة : د لا .

الْقَذْفِ ، فَكَذَلِكَ فِي رُفْقِهِ . وَإِنْ قَالَتْ أجنبية : قَذَفْتَنِي ^(٥٥) . قَالَ : كُنْتُ زَوْجِي حَيْثُ بَدَأْتُ . فَأَنْكَرْتُ الزَّوْجِيَّةَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهَا .

فصل : وَلَوْ قَذَفَ أجنبيةً ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، فَعَلَيْهِ الْحُدُّ ، وَلَا يُلَاعِنُ ؛ فَإِنَّهُ ^(٥٦) وَجَبَ فِي حَالِ كَوْنِهَا أجنبيةً ، فَلَمْ يَمْلِكِ اللَّعَانُ مِنْ أَجْلِهِ ، كَالْوَلَدِ لَمْ يَتَزَوَّجَهَا . وَإِنْ قَذَفَهَا بَعْدَ تَزَوُّجِهَا بِزَوْجٍ أَضَافَهُ إِلَى مَا قَبْلَ النِّكَاحِ ، حُدٌّ ، وَلَمْ يُلَاعِنِ ، سَوَاءً كَانَ ثَمَّ وَلَدًا أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَهُوَ ^(٥٧) قَوْلُ مَالِكٍ وَأَبِي ثَوْرٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالشَّعْبِيِّ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَزُرَّارَةُ بْنُ أَوْفَى ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ ؛ لِأَنَّهُ قَذَفَ أَمْرَأَةً ، فَيَدْخُلُ ^(٥٨) فِي عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . وَلِأَنَّهُ قَذَفَ أَمْرَأَةً ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَذَفَهَا وَلَمْ يُضَيِّفْهُ إِلَى مَا قَبْلَ النِّكَاحِ . وَحَكَى الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً أُخْرَى كَذَلِكَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ لَمْ يَكُنْ ثَمَّ وَلَدٌ ، لَمْ يُلَاعِنِ ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَذَفَهَا قَذْفًا مُضَافًا إِلَى حَالِ الْبَيِّنُونَةِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَذَفَهَا وَهِيَ بَائِنٌ ، وَفَارَقَ قَذْفَ الزَّوْجِيَّةِ ، لِأَنَّهُ مُخْتِاجٌ إِلَيْهِ لِأَنَّهَا غَاطَتْهُ وَخَاطَتْهُ ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ ، فَهُوَ مُخْتِاجٌ إِلَى تَنْفِيهِ ، وَهَهُنَا إِذَا / تَزَوَّجَهَا وَهُوَ يَعْلَمُ زِنَاهَا ، فَهُوَ الْمُفْرَطُ فِي نِكَاحِ حَامِلٍ مِنَ الزَّوْجِي ، فَلَا يَشْتَرَعُ لَهُ طَرِيقٌ إِلَى تَنْفِيهِ .

فصل : وَلَوْ قَالَ لِأَمْرَأَةٍ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا يَارَائِيَّةَ . فَتَقَلَّ مَهْنًا ، قَالَ : سَأَلْتُ أَحْمَدَ ، عَنْ رَجُلٍ قَالَ لِأَمْرَأَةٍ : أَنْتِ طَالِقٌ يَارَائِيَّةَ . ثَلَاثًا ، فَقَالَ : يُلَاعِنُ . قُلْتُ : فَإِنْهُمْ يَقُولُونَ : يُحْدُ ، وَلَا يَلْزُمُهَا ^(٥٩) إِلَّا وَاحِدَةً . قَالَ : يَفْسَ مَا يَقُولُونَ . فَهَذَا يُلَاعِنُ ؛ لِأَنَّهُ قَذَفَهَا قَبْلَ الْحُكْمِ بِبَيِّنَتَيْهَا ، فَأَشْبَهَ قَذْفَ الرَّجْعِيَّةِ . وَأَمَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ ، فَإِنَّهُ يُلَاعِنُ ؛ لِتَنْفِيهِ ، وَإِلَّا حُدٌّ لَمْ يُلَاعِنِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ إِضَافَةُ الْقَذْفِ إِلَى حَالِ

(٥٥) ق م : قَذَفْتَنِي .

(٥٦) ق م : لِأَنَّهُ .

(٥٧) ق ب : وَهَذَا .

(٥٨) ق ب : فَدَخَلَ .

(٥٩) ق ب : يَلْزِمُهُ .

الزُّوجِيَّة ؛ لِاسْتِحَالَةِ الزُّنَى مِنْهَا بَعْدَ طَلَاقِهَا ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ لَهَا بَعْدَ إِبَائِهَا : زَنَيْتِ إِذْ كُنْتِ زَوْجَتِي . عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ .

الفصل الثالث : أَنَّ كُلَّ قَذْفٍ لِلزُّوجَةِ يَجِبُ بِهِ اللَّعَانُ ، سَوَاءَ قَالَ لَهَا : زَنَيْتِ . أَوْ : زَانَيْتِ تَزْنِينَ . سَوَاءَ كَانَ الْقَافِذُ أَعْمَى أَوْ بَصِيرًا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ . وَقَالَ يَحْيَى الْأَنْصَارِيُّ ، وَأَبُو الزِّنَادِ ، وَمَالِكٌ : لَا يَكُونُ اللَّعَانُ إِلَّا بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ : إِمَّا رُؤْيَا ، وَإِمَّا انْكَارَ لِلْحَمْلِ ؛ لِأَنَّ آيَةَ اللَّعَانِ تَزَلَّتْ فِي هَلَالِ بِنِ امِّةٍ ، وَكَانَ قَالَ : رَأَيْتُ يَعْنِي ، ^(٦٠) وَسَمِعْتُ بِأَذْنِي ^(٦١) . فَلَا يَثْبُتُ اللَّعَانُ إِلَّا فِي مِثْلِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ الْآيَةَ . وَهَذَا رَأَى لِرُجُوعِهِ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ الْآيَةِ ، وَلِأَنَّ اللَّعَانَ مَعْنَى يُتَخَلَّصُ بِهِ مِنْ مُوجِبِ الْقَذْفِ ، فَشَرَعَ ^(٦٢) فِي حَقِّ كُلِّ رَامٍ لِرُجُوعِهِ ، كَالْبَيِّنَةِ . وَالْأَخَذُ بِعُمُومِ اللَّفْظِ أَوَّلَى مِنْ خُصُوصِ السَّبَبِ ، ثُمَّ لَمْ يَفْعَلُوا بِهِ فِي قَوْلِهِ : وَسَمِعْتُ بِأَذْنِي . وَسَوَاءَ قَذَفَهَا بِزَنَى فِي الْقَبِيلِ أَوْ فِي الدُّبْرِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَثْبُتُ اللَّعَانُ بِالْقَذْفِ بِالْوَطْءِ فِي الدُّبْرِ . وَيَنَاقِضُ عَلَى أَصْلِهِ ، فِي أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجِبُ بِهِ الْحَدُّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رَامَ لِرُجُوعِهِ بِوَطْءٍ فِي فَرْجِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَذَفَهَا بِالْوَطْءِ فِي قَبِيلِهَا . وَإِنَّمَا إِنْ قَذَفَهَا بِالْوَطْءِ دُونَ الْفَرْجِ ، أَوْ بِشَيْءٍ مِنَ الْفَوَاحِشِ غَيْرِ الزُّنَى ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، وَلَا لِعَانَ ؛ لِأَنَّهُ قَذَفَهَا بِمَا لَا يَجِبُ بِهِ الْحَدُّ . فَلَمْ يَثْبُتْ بِهِ الْحَدُّ وَاللَّعَانُ ، كَمَا لَوْ قَذَفَهَا بِضَرْبٍ / النَّاسِ وَأَذَاهُمْ ^(٦٣) .

ط ١٠٥/٨

الفصل الرابع : أَنَّهُ إِذَا قَذَفَ زَوْجَتَهُ الْمُحْصَنَةَ ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَحُكِمَ بِفَسْقِهِ ، وَرُدَّتْ ^(٦٤) شَهَادَتُهُ ، إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِبَيِّنَةٍ أَوْ يُلَاعِنَ ، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِأَمْرَةٍ شَهَدَاءَ ، أَوْ اِمْتَنَعَ مِنَ اللَّعَانِ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ كُلُّهُ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجِبُ

(٦٠-٦١) فِي الْأَصْلِ ١ : وَشَهِدَتْ بِسَمِيِّ .

(٦١) فِي ١ ، ب ، م : فَشَرَعَ .

(٦٢) فِي ١ : أَوْ أَذَاهُمْ .

(٦٣) فِي ١ : وَرُدَّتْ .

اللَّعَانُ دُونَ الْحَدِّ ، فَإِنْ أَبِي حُسَيْنٍ حَتَّى يُبْلَغَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ
أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَتْ أَحَدِهِمْ أَنْتَعِ شَهَادَاتٍ ﴾ .
الآيَات . فلم يُوجِبْ بِقَذْفِ الْأَزْوَاجِ إِلَّا اللَّعَانُ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ
يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ
شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ . وهذا عامٌ فِي الزَّوْجِ وَغَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا حَصُرَ الزَّوْجُ
بِأَنْ أَقَامَ لِعَانَهُ مُقَامَ الشَّهَادَةِ ، فِي نَفْيِ الْحَدِّ وَالْفِسْقِ وَرَدَّ الشَّهَادَةَ عَنْهُ . وَأَيْضًا قَوْلُ النَّبِيِّ
ﷺ : « الْبَيِّنَةُ وَالْأَحَدُ فِي ظَهْرِكَ » ^(٦٤) . وَقَوْلُهُ لَه ^(٦٥) : « لَمَّا لَاعَنَ : » عَذَابُ الدُّنْيَا أَهْوَنُ
مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ ^(٦٦) . وَلِأَنَّهُ قَاضٍ يَلْزِمُهُ الْحَدُّ لَوْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فَلَزِمَهُ إِذَا لَمْ ^(٦٧)
يَأْتِ بِالْبَيِّنَةِ الْمَشْرُوعَةِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . فَأَمَّا إِنْ قَذَفَ ^(٦٨) غَيْرَ مُحْصَنَةٍ ^(٦٩) كَالْكِنَانِيَّةِ ،
وَالْأُمِّيَّةِ ، وَالْمُجَنُونَةِ ، وَالطُّفْلَةِ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ التَّعْزِيرُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَدْخَلَ عَلَيْهَا الْمَعْرَةَ
بِالْقَذْفِ ، وَلَا يَحُدُّ لَهَا حَدًّا كَامِلًا لِتَنْقِصَانِهَا بِذَلِكَ ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ فِسْقٌ ، وَلَا رُدُّ
شَهَادَةٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ . قَالَ الْقَاضِي : وَلَيْسَ لَهُ إِسْقَاطُ هَذَا التَّعْزِيرِ بِاللَّعَانِ ؛ لِأَنَّ
اللَّعَانَ إِمَّا لِنَفْيِ النَّسَبِ ، أَوْ لِدَرْءِ الْحَدِّ ، وَلَيْسَ هَهُنَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَهُ
إِسْقَاطُهُ بِاللَّعَانِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ إِسْقَاطَ الْحَدِّ الْكَامِلِ بِاللَّعَانِ ، فَاسْتَقَاطَ مَا دُونَهُ أَوَّلَى .
وَالْقَاضِي أَنْ يَقُولَ : لَا يَلْزَمُ مِنْ مَشْرُوعِيَّتِهِ لِدَفْعِ الْحَدِّ الَّذِي يَعْظُمُ ضَرَرُهُ ، مَشْرُوعِيَّتُهُ لِدَفْعِ
مَا يَقِلُّ ضَرَرُهُ ، كَمَا لَوْ قَذَفَ طِفْلَةً لَا يَتَصَوَّرُ وَطْئُهَا ، فَإِنَّهُ يُعَزَّرُ تُعْزِيرَ السَّبِّ وَالْأَذَى ، وَلَيْسَ
لَهُ إِسْقَاطُهُ بِاللَّعَانِ . كَذَا هَهُنَا . وَأَمَّا إِنْ كَانَ لِأَحَدٍ هَوْلَاءِ ، وَلَا يُرِيدُ نَفْيَهُ ، فَقَالَ الْقَاضِي :
لَهُ أَنْ يُبْلَغَ نَفْيِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامٍ / أَحْمَدَ ، فِي الْأُمِّيَّةِ
وَالْكِنَانِيَّةِ ، سِوَاكَ كَانَ لَهَا وَلَدٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِيمَا مَضَى .

(٦٤) تقدم ترجمته في : ٢٧٣/٨ .

(٦٥) سقط من : ١ ، ب ، ٤ ، م .

(٦٦) سقط من : م .

(٦٧-٦٨) في م : ١ غيبها .

١٣٢٨ - مسألة ؛ قال : (ولا يُعْرَضُ لَهُ ، حَتَّى تُطَالِبَهُ زَوْجَتُهُ) .

يعنى لا يُتَعَرَّضُ له بإقامة الحَدِّ عليه ، ولا طَلَبِ اللَّعَانِ منه ، حتى تُطَالِبَهُ زَوْجَتُهُ بذلك ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ حَقُّهَا ، فلا يُقَامُ من غيرِ طَلَبِهَا ، كسائرِ حُقُوقِهَا . وليس لَوَلِيِّهَا المطالبةُ عنها إن كانت مَجْنُونَةً أو مَحْجُورًا عليها ، ولا لَوَلِيِّ الصَّغِيرَةِ وَسَيِّدِ الْأُمَةِ الْمُطَالِبَةُ بالتَّعْزِيرِ من أَجْلِهِمَا ؛ لِأَنَّ هَذَا حَقٌّ ثَبَتَ لِلتَّشْفَى ، فلا يَقُومُ الْغَيْرُ فِيهِ مَقَامَ الْمُتَشَحِّقِ ، كالْقَصَاصِ . فَإِنْ أَرَادَ الزَّوْجُ اللَّعَانَ من غيرِ مُطَالِبَةٍ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ نَسَبٌ يُرِيدُ تَفْيِهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ ، وكذلك كُلُّ مَوْضِعٍ سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ ، مثلُ إِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ بِزَنَائِهَا ، أو أَثَرَاتِهِ مِنْ قَدْفِهَا ، أو حُدِّهَا ثُمَّ أَرَادَ لِعَانَهَا ، وَلَا نَسَبَ هُنَاكَ يَتَفَى ، فَإِنَّهُ لَا يُشْرَعُ اللَّعَانُ . وهذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، ولا تَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ، إِلَّا بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ قَالُوا : لَهُ الْمَلَاعَنَةُ ؛ لِإِزَالَةِ الْفِرَاشِ . وَالصَّحِيحُ عَنْهُمْ مِثْلُ قَوْلِ الْجَمَاعَةِ ؛ لِأَنَّ إِزَالََةَ الْفِرَاشِ مُمَكِّنَةٌ^(١) بِالطَّلَاقِ ، وَالتَّحْرِيمِ الْمُؤَبَّدِ لَيْسَ^(٢) بِمَقْصُودٍ يُشْرَعُ^(٣) اللَّعَانُ مِنْ أَجْلِهِ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ ذَلِكَ ضِمْنًا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ هُنَاكَ وَلَدٌ يُرِيدُ تَفْيِهُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ لِتَفْيِهِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ هَلَالَ بَنِ أُمِّيَةٍ لَمَّا قَدْفَ امْرَأَتَهُ ، وَاتَى النَّبِيُّ ﷺ فَأَخْبَرَهُ ، أَرْسَلَ إِلَيْهَا ، فَلَا عَنْ بَيْنِهِمَا ، وَلَمْ تَكُنْ طَالِبَتَهُ^(٤) . وَلَئِنْهُ مُحْتَاجٌ إِلَى تَفْيِهِ ، فَشُرِعَ^(٥) لَهُ طَرِيقُ إِلَيْهِ ، كَالْوِطَالِبَتَةِ ، وَلِأَنَّ تَفْيِيَ النَّسَبِ الْبَاطِلِ حَقٌّ لَهُ ، فَلَا يَسْقُطُ بِرِضَاهَا بِهِ ، كَالْوِطَالِبَتِ بِاللَّعَانِ وَرِضَايَتِ الْوَلَدِ . وَيَحْتَجُّلُ أَنْ لَا يُشْرَعَ اللَّعَانُ هُنَا ، كَمَا لَوْ قَدْفَهَا فَصَدَّقَتْهُ ، وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مُوجِبِي

(١) فِي النِّسْخِ : هُ تَمَكَّنَهُ .

(٢) فِي ١ ، ب نَادَا : هُو .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ١ : هُوَ شَرَعَ .

(٤) تَقْدِمُ نَحْوِهِ ، فِي : ٨ / ٣٧٣ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : هُوَ فِشَرَ .

الْقَذْفِ ، فلا يُشْرَعُ مع عَدَمِ الْمُطَالَبَةِ ، كَالْحَدِّ .

فصل : وإذا قَذَفَهَا مَاتَ قَبْلَ إِمَامِهِمَا ، أَوْ قَبْلَ إِمَامٍ^(٦) إِيَّاهُ ، سَقَطَ اللَّعَانُ ، وَلِحَقِّهِ الْوَلَدُ^(٧) ، وَوَرِثَتُهُ ، فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ لَمْ يُوجَدْ ، فَلَمْ يَثْبُتْ حُكْمُهُ . وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ أَنْ اكْتَمَلَ إِيَّاهُ ، وَقَبْلَ إِمَامِهَا ، فَكَذَلِكَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُبَيِّنُ بِلِعَانِهِ ، وَيَسْقُطُ^(٨) التَّوَارِثُ ، وَيَتَنَبَّيْ / الْوَلَدُ ، وَيَلْزُمُهَا الْحَدُّ ، إِلَّا أَنْ تَلْتَعِنَ . وَلَنَا : أَنَّهُ مَاتَ قَبْلَ إِكْمَالِ اللَّعَانِ ، أَشَبَّهُ مَا لَوْ مَاتَ قَبْلَ إِكْمَالِ التَّبَاعَةِ^(٩) ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الشَّرْعَ إِذَا مَاتَ تَبَّ هَذِهِ الْأَحْكَامُ عَلَى اللَّعَانِ التَّامِّ^(١٠) ، وَالْحُكْمُ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ اكْمَالِ سَبِّهِ . وَإِنْ مَاتَ الْمَرْأَةُ قَبْلَ اللَّعَانِ ، فَقَدْ مَاتَتْ عَلَى الزَّوْجِيَّةِ ، وَيَرِثُهَا فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ : إِنْ التَّعَنَ ، لَمْ يَرِثْ . وَغَوَى ذَلِكَ عَنِ الشَّعْبِيِّ ، وَعِكْرَمَةَ ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ يُوجِبُ فُرْقَةَ تَبْيِينِهَا ، فَمَنْعَ^(١١) التَّوَارِثِ ، كَمَا لَوْ التَّعَنَ فِي حَيَاتِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَاتَتْ عَلَى الزَّوْجِيَّةِ ، فَوَرِثَهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ تَلْتَعِنَ ، وَلِأَنَّ اللَّعَانَ سَبَبُ الْفُرْقَةِ فَلَمْ يَثْبُتْ حُكْمُهُ^(١٢) بَعْدَ مَوْتِهَا كَالطَّلَاقِ ، وَفَارَقَ اللَّعَانُ فِي الْحَيَاةِ ، فَإِنَّهُ يَقْطَعُ الزَّوْجِيَّةَ ، عَلَى أَنَّا قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَوْ لَاعَتْهَا وَلَمْ تَلْتَعِنَ هِيَ ، لَمْ تَنْقَطِعِ الزَّوْجِيَّةُ أَيْضًا ، فَهَهُنَا أَوَّلَى . فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ قَدْ قُلْتُمْ : لَوْ التَّعَنَ مِنَ الْوَلَدِ الْمَيِّتِ وَتَفَاهَ لَمْ يَرِثْ فَكَذَلِكَ الزَّوْجَةُ ؟ قُلْنَا : لَوْ التَّعَنَ الزَّوْجُ وَحْدَهُ دُونَهَا ، لَمْ يَتَنَفَّذْ الْوَلَدُ ، وَلَمْ يَثْبُتْ حُكْمُ اللَّعَانِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ إِذَا تَنَفَّذَ الْوَلَدُ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ أَصْلًا فِي حَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ ، وَالزَّوْجَةُ قَدْ كَانَتْ أَمْرًا فِيهَا قَبْلَ اللَّعَانِ ، وَإِنَّمَا يُزِيلُ نِكَاحَهَا اللَّعَانُ^(١٣) ، كَمَا يُزِيلُهُ الطَّلَاقُ . فَإِذَا مَاتَ قَبْلَهُ ، فَقَدْ

(٦) فِي الْأَصْلِ : دَعَام .

(٧) فِي ب : دَوْنِ النِّسْبِ .

(٨) فِي أ : وَسَقَطَ .

(٩) فِي أ : دَعَامُهُ .

(١٠) سَقَطَ مِنْ ب .

(١١) فِي أ ، ب ، م : دَوْنِ فِيمَنْعَ .

(١٢) فِي م : دَوْنِ حُكْمِ .

(١٣) فِي ب : دَوْنِ بِاللَّعَانِ .

ماتت قبل وجود ما يُزِيلُهُ ، فيكون موجوداً حال الموت ، فيوجبُ الثَّوَارُثُ ، وينقُطِعُ بالمَوْتِ ، فلا يُمكنُ القِطَاعُهُ مَرَّةً أُخْرَى . وإن أراد الزَّوْجُ اللِّعَانَ ، ولم تكن طَالِبَتُ بالْحَدِّ في حياتِها ، لم يكنْ له أن يَلْتَمِزَ ، سواءً كانَ ثُمَّ وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْسَهُ أو لم يكنْ . وقال الشافعيُّ : إن كانَ ثُمَّ وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْسَهُ ، فله أن يَلْتَمِزَ . وهذا يَنْبَغِي على أَصْلٍ ، وهو أن اللِّعَانَ إنما يكونُ بينَ الزَّوْجَيْنِ ، فإن لِعَانَ الرَّجُلِ وحده لا يَنْبَغِي به حُكْمٌ ، وعندهم بخلاف ذلك . فأما إن كانت طَالِبَتُ بالْحَدِّ في حياتِها ، فإن أَوْلِيَاءَهَا يَقُومُونَ في الطَّلَبِ به مَقَامَها ، فإن طُوبَى به ، فله إسقاطُهُ باللِّعَانِ . ذكره القاضي ، والأفلا ؛ لأنَّهُ ^(١٤) لا حاجةُ إليه مع عَدَمِ الطَّلَبِ ، فإنه لا حَدَّ عليه . وقال أصحابُ الشافعيِّ : إن كان للمرأة وارثٌ غيرُ الزَّوْجِ ، فله اللِّعَانُ ، لِيُسْقَطَ الْحَدُّ عَنْ نَفْسِهِ ، والأفلا ؛ لَعَدَمِ الحاجةِ إليه .

فصل : وإذا ماتَ الْمُقْدُوفُ قبلَ الْمُطَالِبَةِ بِالْحَدِّ ، سَقَطَ ، ولم يكنْ لَوَرَثَتِهِ الطَّلَبُ به . وقال أصحابُ الشافعيِّ يورثُ ، وإن لم يكنْ طَالِبَ به ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا فَلِوَرَثَتِهِ » ^(١٥) . ولأنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ ^(١٦) له في الْحَيَاةِ ، يورثُ إذا طَالَبَ به ، فيورثُ وإن لم يُطَالَبْ به ، كحَقِّ الْقِصَاصِ . ولنا ، أَنَّهُ حَدٌّ تُعْتَبَرُ فِيهِ الْمُطَالِبَةُ ، فإذا لم يُوجَدْ الطَّلَبُ من المَالِكِ ، لم يَجِبْ ، كحَدِّ الْقَطْعِ في السَّرِقَةِ ، والحديثُ يَدُلُّ على أن الحَقَّ المَثْرُوكَ يورثُ ، وهذا ليسَ بِمَثْرُوكٍ ، وأما حَقُّ الْقِصَاصِ ، فإنه حَقٌّ يَجُوزُ الاِغْتِيَاضُ عنه ، وَيَنْتَقِلُ إلى المَالِ ، بخلافِ ما نحنُ فيه ، فأما إن طَالَبَ به ثُمَّ ماتَ ، فإنه تُرِثُهُ الْعَصَبَاتُ من النَّسَبِ دُونَ غَيْرِهِمْ ؛ لأنَّهُ حَقٌّ يَثْبُتُ لِلدَّفْعِ الْعَارِ ، فَاخْتَصَّ بِهِ الْعَصَبَاتُ ، كَوِلَايَةِ النِّكَاحِ . وهذا أَحَدُ الرُّجُوعِ لأَصْحَابِ الشافعيِّ . ومتى ثَبَتَ لِلْعَصَبَاتِ ، فلهنَّ اسْتِيفَاؤُهُ . وإن طَلَبَ أَحَدُهُمْ وحده ، فله اسْتِيفَاؤُهُ . وإن عَفَى بَعْضُهُمْ ، لم يَسْقَطْ ، وكانَ لِلْبَاقِينَ اسْتِيفَاؤُهُ . ولو بَقِيَ واحدٌ ، كانَ له اسْتِيفَاءُ جَمِيعِهِ ؛ لأنَّهُ حَقٌّ يَرَادُ لِلرَّدْعِ

١٠٧/٨

(١٤) في الأصل : « غَانَةً » .

(١٥) تقدم تخريجه ، في : ١٥٢ / ٨ .

(١٦) في الأصل ، ١ : « يثبت » .

وَالزَّجْرِ ، فَلَمْ يَتَّبِعْهُ ، كَسَائِرِ الْحُدُودِ ، وَلَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ الْبَعْضِ ؛ لِأَنَّهُ يَرَادُ لِدَفْعِ الْعَارِ عَنِ الْمَقْدُوفِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَصَابَاتِ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي اسْتِيفَائِهِ ، فَيُثْبِتُ لَهُ جَمِيعَهُ ، كِرْلَايَةِ النِّكَاحِ ، وَيُقَارِقُ حَقَّ الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَفُوتُ إِلَى بَدَلٍ ، وَلَوْ أَسْقَطْنَاهُ هُنَا ، لَسَقَطَ حَقُّ غَيْرِ الْعَافِي إِلَى غَيْرِ^(١٧) بَدَلٍ . فَعَلِيَ هَذَا ، لَوْ قَدْ فُتِرَ امْرَأَتُهُ فَمَاتَتْ بَعْدَ الْمُطَالَبَةِ ، وَهِيَ أَحَدٌ مِنْ عَصَابَاتِهَا غَيْرُهُ ، فَلَهُ اسْتِيفَاؤُهُ ، وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا عَصَبَتَهَا ، وَلَيْسَ لَهَا أَحَدٌ سِوَاهُ ، سَقَطَ . وَإِنْ كَانَ لَهَا مِنْ عَصَبَتِهَا غَيْرُهُ ، فَلَهُ الطَّلَبُ بِهِ ، وَلَا يَسْقُطُ ؛ لِمَا^(١٨) ذَكَرْنَا ، مِنْ أَنَّهُ يَكْمُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ ، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ .

فصل : وَإِذَا قَدْ فُتِرَ امْرَأَتُهُ ، وَلَهُ بَيِّنَةٌ ، تَشْهَدُ بِزِنَاهَا ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ لِعَانِهَا وَبَيْنَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَنَانِ ، فَكَانَتْ لَهُ الْخِيَرَةُ فِي إِقَامَةِ أَيْتَمَاسِ شَاءَ ، كَمَا لَهُ بِذَنْ شَاهِدَانِ وَشَاهِدٌ وَامْرَأَتَانِ ، وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا يَحْصُلُ بِهَا مَا لَا يَحْصُلُ بِالْأُخْرَى ، فَإِنَّهُ يَحْصُلُ بِاللَّعَانِ نَفْيُ النَّسَبِ الْبَاطِلِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ ، وَيَحْصُلُ بِالْبَيِّنَةِ ثُبُوتُ زِنَاهَا ، وَإِقَامَةُ الْحَدِّ عَلَيْهَا ، وَلَا يَحْصُلُ بِاللَّعَانِ ، فَإِنْ لَاعَنَهَا^(١٩) وَنَفَى وَلَدَهَا ، ثُمَّ أَرَادَ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، فَإِذَا أَقَامَهَا ، ثَبَتَ مُوجِبُ اللَّعَانِ وَمُوجِبُ الْبَيِّنَةِ ، وَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَوَّلًا ، ثَبَتَ الزَّئِي وَمُوجِبُهُ ، وَلَمْ يَتَّفِقْ عَنْهُ الْوَلَدُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنَ الزَّئِي / كَوْنُ الْوَلَدِ مِنْهُ . وَإِنْ أَرَادَ لِعَانَهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ قَدْ انْتَفَى عَنْهُ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، فَعَلِيَ قَوْلُ الْقَاضِي ، لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِيمَا مَضَى .

فصل : وَإِنْ قَدْ فُتِرَ ، فطالبت بالحدِّ ، فأقام شاهدين على إقرارها بالزنى ، سقط عنه الحدُّ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ تَصْدِيقُهَا بِإِيَّاهُ ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا الْحَدُّ^(٢٠) ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ لَا يَجِبُ إِلَّا

(١٧) ق ١ م : غيوة .

(١٨) ق ١ ، ب ، م : د بما .

(١٩) ق ١ الأصل : د لعانها .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ب .

بالإقرار^(٢١) أُنْبِغَ مَرَاتٍ ، وَتَسْقُطُ بِالرُّجُوعِ^(٢٢) عَنِ الْإِقْرَارِ ، وَهَلْ يَثْبُتُ الْإِقْرَارُ بِالرَّئْيِ
بشاهدين ؟ قال أبو بكر : فيه قولان ؛ أحدهما ، يثبت بشاهدين ، كسائر الأقاير .
واختاره . والثاني ، لا يثبت به^(٢٣) ؛ لأنه لا يثبت به المقر به ، فلا يثبت به الإقرار به ،
كَرَجُلٍ وامرأتين . وإن لم تكن له بينة حاضرة ، فقال : لى بينة غائبة ، أقيمها على
الرئى . أمهل اليومين والثلاثة ؛ لأن ذلك قريب ، فإن أتى بالبينة ، وإلا حُدَّ ، إلا أن
يُلاعِنَ إذا كان زوجاً . فإن قال : قَذَفْتُهَا وهى صغيرة . وقالت : قَذَفْنِي وأنا كبيرة .
وأقام كل واحد منهما بينة بما قال ، فهما قذفاً . وكذلك إن اختلفا فى الكفر والرق أو
الوقت ؛ لأنه لا تنافى بينهما ، إلا أن يكونا مؤرختين^(٢٤) تاريخاً واحداً ، فيسقطان ، فى
أحد الوجهين ، وفى الآخر ، يُفَرِّعُ بينهما^(٢٥) ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ ، قُدِّمَتْ بَيْنَتُهُ .

فصل : فإن شهد شاهدان أنه قَذَفَ فُلَانَةً وَقَذَفْنَا . لم تُقْبَلْ شهادتهما ؛ لا غير إيهما
بعداوتيهما ، وشهادة العدو لا تُقْبَلُ على عدوه . فإن أبرأه وزالت العداوة ، ثم شهدا
عليه بذلك القذف ، لم تُقْبَلْ ؛ لأنهما رُدَّتْ للشبهة ، فلم تُقْبَلْ بعد ، كالفاسق إذا شهد
فُردَّتْ شهادته لنفسه ثم تاب وأعادها . ولو أنهما ادَّعيا عليه أنه قَذَفَهُمَا ، ثم أبرأه وزالت
العداوة ، ثم شهدا عليه بقذف زوجته ، قُبِلَتْ شهادتهما ؛ لأنهما لم يردَّا فى هذه
الشهادة . ولو شهدا أنه قَذَفَ امرأته ، ثم ادَّعيا بعد ذلك أنه قَذَفَهُمَا ، فإن أضافا
دَعَوَاهُمَا إلى ما قبل شهادتهما ، بَطَلَتْ شهادتهما ؛ لا غير إيهما أنه كان عدواً لهما حين
شهدا عليه . وإن لم يُضَيِّفَاها إلى ذلك الوقت ، وكان ذلك قبل الحكم بشهادتهما ، لم
يُحْكَمْ بها ؛ لأنه لا يُحْكَمُ عليه بشهادة عدوين ، وإن كان^(٢٦) بعد الحكم ، لم يَبْطُلْ ؛

(٢١) فى الأصل : بالإقرار .

(٢٢) فى ب ، م : الرجوع .

(٢٣) سقط من : ب ، م .

(٢٤) فى ا ، ب ، م : مؤرخين .

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) فى ب ، م : كانا .

لأنَّ الحُكْمَ ثُمَّ قَبْلَ وُجُودِ الْمَانِعِ ، كظُهُورِ الْفَسْقِ . وَإِنْ شَهِدَا أَنَّهُ قَذَفَ أَمْرَانِهِ وَأَمْنَا ، لَمْ تُقْبَلْ / شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهَا رُدَّتْ فِي الْبَعْضِ لِلشُّهْمَةِ ، فَوَجِبَ أَنْ تُرَدَّ (٢٧) فِي الْكُلِّ (٢٨) .
وَإِنْ شَهِدَا عَلَى أُبَيِّهِمَا أَنَّهُ قَذَفَ ضَرَّةَ أُمِّهِمَا ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ . وَقَالَ فِي الْقَدِيمِ : لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهَا يَجُرَّانِ إِلَى أُمِّهِمَا نَفْعًا ، وَهُوَ أَنَّهُ يُلَاعِنُهَا ، فَتَبَيَّنَ ، وَيَتَوَقَّرُ عَلَى أُمِّهِمَا . وَلَيْسَ بِشَيْءٍ ، لِأَنَّ لِعَانَهُمَا يَتَبَيَّنُ عَلَى مَعْرِفَتِهِ بِزِنَاهَا ، لَا عَلَى الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ بِمَا لَا يَتَعَرَّفُ بِهِ . وَإِنْ شَهِدَا بِطُلَاقِ الضَّرَّةِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهَا (٢٩) يَجُرَّانِ إِلَى أُمِّهِمَا نَفْعًا ، وَهُوَ تَوْفِيرُهُ عَلَى أُمِّهِمَا . وَالثَّانِي ، تُقْبَلُ ، لِأَنَّهَا لَا يَجُرَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا نَفْعًا .

فصل : وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدٌ أَنَّهُ أَقْرَ بِالْعَرَبِيَّةِ أَنَّهُ قَذَفَهَا ، وَشَهِدَ آخَرُ (٣٠) أَنَّهُ أَقْرَ بِذَلِكَ بِالْعَجَمِيَّةِ ، ثُمَّتِ الشَّهَادَةُ ، لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي الْعَرَبِيَّةِ وَالْعَجَمِيَّةِ عَائِدٌ إِلَى الْإِقْرَارِ دُونَ الْقَذْفِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْقَذْفُ وَاحِدًا وَالْإِقْرَارُ بِهِ فِي مَرَّتَيْنِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقْرَ يَوْمَ الْخَمِيسِ بِقَذْفِهَا ، وَشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ أَقْرَ بِذَلِكَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، ثُمَّتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَذَفَهَا بِالْعَرَبِيَّةِ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ (٣١) أَنَّهُ قَذَفَهَا بِالْعَجَمِيَّةِ ، أَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَذَفَهَا يَوْمَ الْخَمِيسِ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ قَذَفَهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ (٣٢) ، أَوْ شَهِدَ (٣٣) أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقْرَ أَنَّهُ قَذَفَهَا بِالْعَرَبِيَّةِ أَوْ يَوْمَ الْخَمِيسِ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ أَقْرَ أَنَّهُ قَذَفَهَا بِالْعَجَمِيَّةِ أَوْ يَوْمَ الْجُمُعَةِ (٣٤) ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تُكْمَلُ الشَّهَادَةُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، وَمَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْوَقْتَ لَيْسَ ذِكْرُهُ شَرْطًا فِي الشَّهَادَةِ بِالْقَذْفِ ، وَكَذَلِكَ

(٢٧-٢٨) في م : للكل .

(٢٨) في النسخ نهادة : لا .

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) في الأصل : آخر .

(٣١) في الأصل نهادة : أو بالعجمية . وفي ب ، م نهادة : أو شهد أحدهما أنه أقر أنه قذفها بالعربية أو بالعجمية .

(٣٢-٣٣) في ب ، م : أو أشهد .

(٣٣) في ب ، م نهادة : أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة .

اللَّسَانُ ، فلم يؤثر الاختلاف فيه^(٣٤) ، كما لو شهد أحدهما أنه أقر بقذفها^(٣٥) يوم الخميس بالعرينة ، وشهد الآخر أنه أقر بقذفها يوم الجمعة بالعجمية . والآخر ، لا تكمل الشهادة . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنهما قذفان لم تيم الشهادة على واحد منهما ، فلم تثبت ، كما لو شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة ، وفارق الإقرار بالقذف ، فإنه يجوز أن يكون المقر به واحدا ، أقر به في وقتين بلسانين .

١٣٢٩ - مسألة ؛ قال : (فَمَتَى تَلَاَعْنَا وَفَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، لَمْ يَجْتَمِعَا أَبَدًا) .

في هذه المسألة مسألتان :

١٠٨/٨ ط إحداهما : أن الفرقة / بين المتلاعنين لا تحصل إلا بتلاعنهما^(١) جميعا ، وهل يعتبر تفریق الحاكم بينهما ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، أنه معتبر فلا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما . وهو ظاهر كلام الخريفي ، وقول أصحاب الرأي ؛ لقول ابن عباس في حديثه : ففرق رسول الله ﷺ بينهما^(٢) . وهذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله . وفي حديث عويمر ، قال : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكنها . فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ^(٣) . وهذا يقتضي إمكان إمساكها ، وأنه وقع طلاقه ، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك ، لما وقع طلاقه ، ولا أمكنه إمساكها . ولأن سبب هذه الفرقة يقف على الحاكم ، فالفرقة المتعلقة به لا^(٤) تقع إلا بحكم الحاكم ، كفرقة العنة .

(٣٤) سقط من : ١ ، م .

(٣٥) ق : ١ : د أنه قذفها ؛ .

(١) ق : م : ١ : بلعائهما ؛ .

(٢) تقدم ترجمته ، ق : ٣٧٣/٨ .

(٣) تقدم ترجمته ، ق : ٣٣٠/١٠ .

(٤) ق : ١ ، ب ، م ، د لم ؛ .

والرواية الثانية ، تحصل الفرقة بمجرد لعانتهما . وهي اختيار أبي بكر ، وقول مالك ، وأبي عبيد^(٥) ، وأبي ثور ، وداود ، وزفر ، وابن المنذر . وروى ذلك عن ابن عباس ؛ لما روى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه قال : المتلاعنان يُفرَّق بينهما ، ولا يجتمعان أبداً . رواه سعيد^(٦) . ولأنه معنى يقتضي التحريم المؤبد ، فلم يقف على حكم الحاكم ، كالرضاع ، ولأن الفرقة لو لم تحصل إلا بتفريق الحاكم ، لسأغ ترك التفريق إذا كرهه ، كالتفريق للغيب^(٧) وللإعسار^(٨) ، ولوجب أن الحاكم إذا لم يفرق بينهما ، أن يبقى النكاح مستمراً ، وقول النبي ﷺ : لا سبيل لك عليهما^(٩) . يدل على هذا ، وتفريقه بينهما ، بمعنى إغلامه لهما بحصول^(١٠) الفرقة ، وعلى كلتا الروايتين ، لا تحصل الفرقة قبل تمام اللعان منهما . وقال الشافعي ، رحمه الله تعالى : تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده ، وإن لم تلتن المرأة ؛ لأنها فرقة حاصلة بالقول ، فتحصل بقول الزوج وحده ، كالطلاق . ولا نعلم أحداً وافق الشافعي على هذا القول ، وحكى عن البتّي أنه لا يتعلق باللعان فرقة ؛ لما روى أن العجلاني لما لأعن امرأته طلقها ثلاثاً ، فأنفذه رسول الله ﷺ^(١١) ، ولو وقعت الفرقة ، لما نفذ طلاقه . وكلا القولين لا يصح ؛ لأن النبي ﷺ فرّق بين المتلاعنتين . رواه عبد الله بن عمر ، وسهل بن سعيد ، وأخرجهما مسلم^(١٢) . وقال سهل : فكانت سنة لمن^(١٣) كان بعدهما ، أن يفرق بين المتلاعنتين .

(٥) في ١ ، ب ، م ، ن ، هـ : عنه .

(٦) في : باب ما جاء في اللعان ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٦٠ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب ما يكون بعد التعان الزوج ... ، من كتاب اللعان . السنن الكبرى ٧ / ٤١٠ .

(٧) في ١ : بالغيب .

(٨) في ١ ، ب ، م ، ن ، هـ : وللإعسار .

(٩) تقدم ترجمته ، في : ٣٧٣ / ٨ .

(١٠) في الأصل : حصول .

(١١) أخرجه أبو داود ، في : باب في اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥٢١ .

(١٢) تقدم ترجمته ، في : ٣٣٠ / ١٠ .

(١٣) في الأصل : من .

وقال عمرُ : المُتَلَاعِنَانِ يُفَرَّقُ بينهما ، ثم لا يَجْتَمِعَانِ أبداً . وأما القول الآخرُ ، فلا يصحُّ ؛ / لأنَّ الشرعَ إنما وَرَدَ بالتفريقِ بين المُتَلَاعِنَيْنِ ، ولا يكونان مُتَلَاعِنَيْنِ بِلَعَانِ أحدهما ، وإنما فَرَّقَ النَّبِيُّ ﷺ بينهما بعد تمام اللعانِ منهما ، فالقولُ بوقوع الفرقة قبله ، تحكُّمٌ يُخَالِفُ مَذْهَبَ السُّنَّةِ وفِعْلَ النَّبِيِّ ﷺ ، ولأنَّ لفظَ اللعانِ لا يَقْتَضِي فرقةً ؛ فإنه إما أيمانٌ على زناها ، أو شهادةٌ بذلك ، ولولا وَرُودُ الشرعِ بالتفريقِ بينهما ، لم يَحْصُلِ التفريقُ ، وإنما وَرَدَ الشرعُ به بعد لِعَانِهِمَا ، فلا يجوزُ تَعْلِيْقُهُ على بعضيه ، كما لم يَجُزْ تَعْلِيْقُهُ على بعضِ لِعَانِ الزَّوْجِ ، ولأنَّه فَسَخَ ثَبَتَ بِأَيِّمَانِ مُخْتَلِفَيْنِ ، فلم يَثْبُتْ بِأَيِّمَيْنِ أحدهما ، كالْفَسْخِ لِتَحَالُفِ الْمُتَبَايَعَيْنِ عِنْدَ الْاِخْتِلَافِ ، وَيُطْلَقُ مَا ذَكَرُوهُ بِالْفَسْخِ بِالْغَيْبِ أَوْ الْعِتْقِ ، وَقَوْلِ الزَّوْجِ : اخْتَارِي . أَوْ : أَمْرُكِ ^(١٤) بِيَدِكَ . أَوْ : وَهَيْتُكَ لِأَهْلِكَ أَوْ لِنَفْسِكَ . وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ كَثِيرٌ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنْ قُلْنَا ^(١٥) : إِنَّ الْفُرْقَةَ تَحْصُلُ بِلِعَانِهِمَا . فَلَا تَحْصُلُ إِلَّا بَعْدَ اكْتِمَالِ اللَّعَانِ مِنْهَا . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَحْصُلُ إِلَّا بِتَفْرِيقِ الْحَاكِمِ . لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَفَرِّقَ بَيْنَهُمَا إِلَّا بَعْدَ كَمَالِ لِعَانِهِمَا ، فَإِنْ فَرَّقَ قَبْلَ ذَلِكَ كَانَ تَفْرِيقُهُ بَاطِلًا ، وَوُجُودُهُ ^(١٦) كَعَدَمِهِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَقَعُ الْفُرْقَةُ حَتَّى يُكْمَلَ الزَّوْجُ لِعَانَهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : إِذَا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا بَعْدَ أَنْ لَاعَنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ، أَوْ أَخْطَأَ السُّنَّةَ ، وَالْفُرْقَةُ جَائِزَةٌ ، وَإِنْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَقْلٍ مِنْ ثَلَاثٍ ، فَالْفُرْقَةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّ مَنْ أَتَى بِالثَّلَاثِ فَقَدْ أَتَى بِالْأَكْثَرِ ، فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَفْرِيقٌ قَبْلَ تَمَامِ اللَّعَانِ ، فَلَمْ يَصِحِّ ، كَمَا لَوْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا لِأَقْلٍ مِنْ ثَلَاثٍ ، أَوْ قَبْلَ لِعَانِ الْمَرْأَةِ ، وَلَأنَّهَا أَيْمَانٌ مَشْرُوعَةٌ ، لَا يَجُوزُ لِلْحَاكِمِ الْحُكْمُ قَبْلَهَا بِالإِجْمَاعِ ، فَإِذَا حَكَمَ ، لَمْ يَصِحِّ حُكْمُهُ . كَأَيِّمَانِ الْمُخْتَلِفَيْنِ فِي الْبَيْعِ . وَكَأَقْلٍ الثَّلَاثِ ، وَلَأنَّ الشَّرْعَ

(١٤) في م : ٥ : وأمرِك .

(١٥) في ب ، م : ٥ : قلن .

(١٦) سقطت الواو من : ١ : ب ، م .

إِنَّمَا وَرَدَ بالتفريق بعد كَمَالِ السَّبَبِ ، فلم يَجْزُ قَبْلَهُ ، كسائر الأسباب ، وما ذَكَرُوهُ
تَحَكُّمٌ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، وَلَا أَصْلَ لَهُ ، ثم يَبْتَطِلُ بما إذا شَهِدَ اللَّذَيْنِ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ وَاحِدَةً . أو
بِمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ إِذَا أُنْئِيَ بِأَكْثَرِ حُرُوفِهَا ، وبالمسابقة إِذَا قَالَ : مَنْ سَبَقَ إِلَى خُمْسِ
إِصْبَاهَاتِ . فَسَبَقَ إِلَى ثَلَاثَةٍ ، وسائر^(١٧) الأسباب ، فَأَمَّا إِذَا تَمَّ اللَّعَانُ ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ
يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ اسْتِغْنَاءٍ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَ الْمُتَلَاعِنَيْنِ ، وَلَمْ يَسْتَأْذِنْهُمَا .
وَرَوَى مَالِكٌ ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عَمْرٍ ، أَنَّ رَجُلًا / لَاعَنَ امْرَأَتَهُ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ
ﷺ ، وَاتَّقَى مِنْ وَلَدِهَا ، فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا ، وَالْحَقُّ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ . وَرَوَى
سُفْيَانُ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ ، قَالَ : شَهِدْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَ
الْمُتَلَاعِنَيْنِ . أَخْرَجَهُمَا سَعِيدٌ^(١٨) . وَمَتَى قُلْنَا : إِنَّ الْفُرْقَةَ لَا تَحْصُلُ إِلَّا بِتَفْرِيقِ الْحَاكِمِ .
فَلَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا ، فَالتَّكَاحُ بَاقٍ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّ مَا يَبْتَطِلُ النِّكَاحُ لَمْ يُوجَدْ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ لَمْ
يَلْعَنِ .

فصل : وَفُرْقَةُ اللَّعَانِ فَسَخَّ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هِيَ طَلَّاقٌ ؛
لِأَنَّهَا فُرْقَةٌ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ ، تَخْتَصُّ النِّكَاحَ ، فَكَانَتْ طَلَّاقًا ، كَالْفُرْقَةِ بِقَوْلِهِ : أَنْتَ
طَالِقٌ . وَلَنَا ، أَنَّهَا فُرْقَةٌ تَوْجِبُ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا ، فَكَانَتْ فَسَخًا ، كَفُرْقَةِ الرِّضَاعِ ، وَلِأَنَّ
اللَّعَانَ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الطَّلَاقِ ، وَلَا تَوَيُّ بِهِ الطَّلَاقُ ، فَلَمْ يَكُنْ طَلَّاقًا ، كَسَائِرِ مَا
يَتَفَسِّحُ بِهِ النِّكَاحَ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ طَلَّاقًا ، لَوَقَعَ يِلْعَانِ الزَّوْجِ دُونَ يِلْعَانِ الْمَرْأَةِ .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : ١ : وَسَائِرُ .

(١٨) فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي اللَّعَانِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السَّنَنُ ٣٥٩/١ .

كَأَخْرَجَ الْأَوَّلُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ يَلْحَقُ الْوَلَدَ بِالْمَلَاغَةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ ، وَفِي : بَابِ مِيرَاثِ الْمَلَاغَةِ ، مِنْ
كِتَابِ الْفَرَائِضِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٧/ ٧٢ ، ٨/ ١٩١ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : كِتَابِ اللَّعَانِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٢ /
١١٣٢ ، ١١٣٣ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي اللَّعَانِ ، مِنْ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ . عُرْضَةُ الْأَوْسَدِيِّ ١٨٨ / ٥ ،
١٨٩ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ نَفَى الْوَلَدِ بِاللَّعَانِ وَلِحَاقِهِ بِأُمِّهِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَجْتَبَى ٦/ ١٤٦ . وَابْنُ مَاجَةَ ،
فِي : بَابِ فِي اللَّعَانِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ١/ ٦٦٩ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي اللَّعَانِ ، مِنْ كِتَابِ
النِّكَاحِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢ / ١٥١ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي اللَّعَانِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُوطَأُ ٢ /
٥٦٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَكِ ٢/ ٢٧ ، ٦٤ ، ٧١ ، ١٢٦ .

فصل : وذكر بعض أهل العلم ، أن الفرقة إنما حصلت باللعين ؛ لأن لعنة الله وغضبه قد وقع بأحدهما لتلاعهما ، فإن النبي ﷺ قال عند الخامسة : « إنها الموجبة »^(١٩) . أى إنها توجب لعنة الله وغضبه ، ولا تعلم من هو منها يقينا ، ففرقنا بينهما خشية أن يكون هو الملعون ، فيعلو امرأة غير ملعونة ، وهذا لا يجوز ، كما لا يجوز أن يعلو المسلمة كافر ، ويمكن أن يقال على^(٢٠) هذا : « لو كان هذا »^(٢١) الاحتمال مانعا من دوام نكاحهما ، لمنعه من نكاح غيرها ، فإن هذا الاحتمال متحقق فيه . ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة والعصب بأحدهما غير معين ، فيضى إلى علو ملعون لغير ملعونة ، أو إلى إمساكه لملعونة معصوب عليها . ويحتمل أن سب الفرقة الثفرة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما إلى صاحبه ، فإن الرجل إن كان صادقا ، فقد أشاع فاحشتها ، وفصحها على رؤوس الأشهاد ، وأقامها مقام يحزى ، وحق^(٢٢) عليها اللعنة والعصب ، وقطع نسب ولدها ، وإن كان كاذبا ، فقد أضاف إلى ذلك بهتها وقذرها بهذه الفرية العظيمة ، والمرأة إن كانت صادقة ، فقد أكذبت على رؤوس الأشهاد ، وأوجب عليه لعنة الله ، وإن كانت كاذبة ، فقد أفسدت فرائضه ، وخائتته في نفسها ، وألزمته العار والفضيحة ، وأخوخته إلى هذا المقام المحزى ، فحصل لكل واحد منهما / نفرة من صاحبه ، لما حصل إليه من إساءة لا يكاد يلتئم لهما معها حال ، فافتضت حكمة الشارع^(٢٣) انجتماع الفرقة بينهما ، وإزالة الصلابة المتمحضة مفسدة ، لأنه إن كان كاذبا عليها ، فلا ينبغي أن يسلم على إمساكها ، مع ما صنع من القبيح إليها ، وإن كان صادقا ، فلا ينبغي أن يمسكها مع علمه بحالها ، ولهذا قال

و ١١٠/٨

(١٩) تقدم تحريجه ، فى : ٣٧٣/٨ .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) ٢١ - ٢١ سقط من : الأصل .

(٢٢) فى ب : وجعل .

(٢٣) فى الأصل : الشرع .

الْعَجَلَانِي : كَذَبْتُ عَلَيْهَا إِنْ أَمْسَكْتُهَا . المسألة الثانية ، أَنَّهَا تُحْرَمُ عَلَيْهِ بِاللَّعَانِ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا ، فَلَا تَحِلُّ لَهُ وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فِي أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُكْذِبْ نَفْسَهُ لَا تَحِلُّ لَهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَوْلًا شَاذًا ، وَأَمَّا إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فَالَّذِي رَوَاهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ أَيْضًا . وَجَاءَتِ الْأَخْبَارُ عَنْ عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، وَعَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَرَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَنَّ الْمُتَلَاعِنَيْنِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالتَّحِيْمِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالْحَكَمُ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَبُو يُوسُفَ . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً أُخْرَى : إِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، حَلَّتْ لَهُ ، وَعَادَ فِرَاشُهُ بِحَالِهِ . وَهِيَ رَوَايَةٌ شَاذَةٌ . شَذَّهَا حَنْبَلٌ عَنْ أَصْحَابِهِ . قَالَ أَبُو بَكْرِ : لَا تَعْلَمُ أَحَدًا رَوَاهُ^(٢٤) غَيْرَهُ . وَيَنْبَغِي أَنْ تُحْمَلَ هَذِهِ الرِّوَايَةُ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا الْحَاكِمُ ، فَأَمَّا مَعَ تَفْرِيقِ الْحَاكِمِ بَيْنَهُمَا ، فَلَا وَجْهَ لِبَقَاءِ النِّكَاحِ بِحَالِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ مَذْهَبَ الْبَيْهَقِيِّ ، أَنَّ اللَّعَانَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ فُرْقَةٌ . وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ : إِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فَهُوَ خَاطِبٌ مِنَ الْخُطَّابِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ؛ لِأَنَّ فُرْقَةَ اللَّعَانِ عِنْدَهُمَا طَلَاقٌ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ : إِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، رُدَّتْ إِلَيْهِ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى سَهْلُ بْنُ سَعِيدٍ ، قَالَ : مَضَتْ السَّنَةُ فِي الْمُتَلَاعِنَيْنِ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، ثُمَّ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا^(٢٥) . رَوَاهُ الْجَوْزْجَانِيُّ ، فِي كِتَابِهِ بِإِسْنَادِهِ . وَرَوَى مِثْلَ هَذَا عَنْ الزُّهْرِيِّ وَمَالِكٍ . وَلِأَنَّهُ تَحْرِيمٌ لَا يَرْتَفِعُ قَبْلَ الْحَدِّ وَالتَّكْذِيبِ ، فَلَمْ يَرْتَفِعْ بَعْدَهُمَا ، كَتَحْرِيمِ الرِّضَاعِ .

فصل : فَإِنْ كَانَتْ أُمَةٌ ، فَاشْتَرَاهَا مُلَاعِنُهَا ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ^(٢٦) تَحْرِيمٌ مُؤَبَّدٌ ، فَحَرُمَتْ بِهِ عَلَى مُشْتَرِيهَا ، كَالرِّضَاعِ ، وَلِأَنَّ الْمُطَلَّقَ ثَلَاثًا إِذَا اشْتَرَى مُطْلَقَتَهُ ، لَا^(٢٧) تَحِلُّ لَهُ قَبْلَ زَوْجٍ وَإِصَابَةٍ ، فَهَهُنَا أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ هَذَا التَّحْرِيمُ مُؤَبَّدٌ ، وَتَحْرِيمُ الطَّلَاقِ / ١١٠/٨ ط

(٢٤) في ب ، م : ٥ : رَوَاهُ .

(٢٥) انظر ما تقدم عن سهل بن سعيد في : ٣٣٠/١٠ .

(٢٦) في م : ٥ : لِأَنَّ تَحْرِيمَهَا .

(٢٧) في الأصل : ٥ : لَمْ .

ليس بمؤيد ، ولأن^(٢٨) ، تحريم الطلاق يَحْتَصُّ النكاح ، وهذا لا يَحْتَصُّ به . وهذا مذهب الشافعي .

١٣٣٠ - مسألة : قال : (فَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فَلَهَا عَلَيْهِ الْحُدُّ)

وجمله ذلك أن الرجل إذا قَذَفَ امرأته ، ثم أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فلها عليه الحُدُّ ، سواء أَكْذَبَهَا قَبْلَ إِعَانِهَا أو بَعْدَهُ . وهذا قول الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولا نَعْلَمُ لهم مُخَالَفًا ؛ وذلك لِأَنَّ اللَّعَانَ أُقِيمَ مَقَامَ الْبَيِّنَةِ فِي حَقِّ الزَّوْجِ ، فإذا أَكْذَبَ نَفْسَهُ بَأَنَّ^(١) إِعَانَتَهُ^(٢) كَذَبَ ، وزيادة في هتكها ، وتكرار لقذفها ، فلا أَقْلَ من أن يَجِبَ الْحُدُّ^(٣) الذي كان واجبا بالقذف المُجَرَّد . فإن عاد عن إكذاب نفسه ، وقال : لي بَيِّنَةٌ أَقِيمُهَا بِرَأْسِهَا . أو أراد إسقاط الحُدَّ عنه باللَّعَانِ ، لم يُسْمَعْ منه ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ وَاللَّعَانَ لِتَحْقِيقِ مَا قَالَهُ ، وقد أَقْبَرَ بِكَذِبِ نَفْسِهِ ، فلا يُسْمَعُ منه بخلافه ، وهذا فيما إذا كانت الْمَقْدُوفَةُ مُحْصَنَةً ، فإن كانت غير مُحْصَنَةٍ ، فعليه التَّعْزِيرُ .

فصل : وَيُلْحَقُهُ نَسَبُ الْوَلَدِ ، سواء كان الولد^(٤) حياً أو ميتاً ، غنياً كان أو فقيراً . وهذا قال الشافعي ، وأبو ثور . وقال الثوري : إذا اسْتَلْحَقَ الْوَلَدَ الْمَيِّتَ نَظَرْنَا ؛ فإن كان ذا مالٍ ، لم يُلْحَقْهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَدْعَى مَالاً ، وإن لم يَكُنْ ذا مالٍ ، لِحَقِّهِ . وقال أصحاب الرأي : إن كان الولد الميِّتَ تَرَكَ وَلِداً ، ثَبَّتَ نَسَبُهُ مِنَ الْمُسْتَلْحَقِ ، وَبِعَهُ نَسَبُ ابْنِهِ ، وإن لم يَكُنْ^(٥) تَرَكَ وَلِداً ، لم يَصِحَّ اسْتِلْحَاقُهُ ، ولم يَثْبُتْ نَسَبُهُ ، ولا يَرِثَ مِنْهُ الْمُدْعَى شَيْئاً ؛ لِأَنَّ نَسَبَهُ مُنْقَطِعٌ بِالْمَوْتِ ، فلم يَصِحَّ اسْتِلْحَاقُهُ ، فإذا كان له ولدٌ كان مُسْتَلْحَقاً لَوَلَدِهِ ، وَبِعَهُ نَسَبُ الْمَيِّتِ . ولنا ، أن هذا ولدٌ تُفَاءُ بِاللَّعَانِ ، فكان له

(٢٨) في ب : وليس .

(١) في الأصل : أن .

(٢) في م : لعانها .

(٣) سقط من : ب .

(٤) سقط من : الأصل ، أ .

استلحاقه ، كما لو كان حياً ، أو كان له ولد ، ولأن ولد الولد يتبع نسب الولد ، وقد جعل أبو حنيفة نسب الولد تابعاً لنسب أمه ، فجعل الأصل تابعاً للفرع ، وذلك باطل . فأمّا قول الثوري : إنه إنما يدعى مالا . قلنا : إنما يدعى النسب والعيارات ، والمال تبع له . فإن قيل : فهو متهمة في أن غرضه حصول الميراث . قلنا : إن^(٥) النسب لا تمنع التهمة لحوقه ، بدليل أنه لو كان له أخ يُعاذيه ، فأقر بائني ، لزمه ، وسقط ميراث أخيه ، ولو كان الابن حياً وهو غني ، والأب فقير ، فاستلحقه ، فهو متهمة في إيجاب ثقتيه على أمه ، ويُقبل قوله ، فكذلك ههنا ، ثم كان ينبغي أن يثبت النسب ههنا ؛ لأنه حق للولد ، ولا /تهمة فيه ، ولا يثبت الميراث المختص بالتهمة ، ولا يلزم من انقطاع^(٦) التبعية انقطاع^(٧) الأصل . قال القاضي : ويتعلق باللعان أربعة أحكام ؛ حقان عليه ، وجوب الحد ، ولحق النسب . وحقان له ؛ الفرقة ، والتحریم المؤبد ، فإذا أكذب نفسه ، قبل قوله فيما عليه ، فلزمه الحد والنسب ، ولم يُقبل فيما له ، فلم تُزل الفرقة ، ولا التحريم المؤبد .

فصل : فإن لم يكذب نفسه ، ولكن لم يكن له بيّنة ، ولا لاعن ، أُقيم عليه الحد . فإن أُقيم عليه بعضه ، فبذل اللعان ، وقال : أنا الأعن . قبل منه ؛ لأن اللعان يُسقط^(٨) جميع الحد ، فيسقط بعضه ، كالبيّنة^(٩) . فإن ادعت زوجته أنه قدفها بالزنى ، فأنكر ، فأقامت عليه بيّنة أنه قدفها بالزنى ، فقال : صدقت البيّنة ، وليس ذلك قدفاً ؛ لأن القدف الرمي بالزنى كذباً ، وأنا صادق فيما رميتها به . لم يكن ذلك إكذاباً لنفسه ؛ لأنه مَصِيرٌ على رميها بالزنى ، وله إسقاط الحد باللعان . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كمدّھبنا . فإن قال : ما زنت ، ولا رميتها بالزنى . فقامت البيّنة عليه بقدفها ، لزمه الحد ، ولم تُسمع بيّنته ولا لعانه . نص عليه أحمد ؛ لأن قوله :

(٥) سقط من : الأصل .

(٦-٦) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٧) في ١ : د أسقط .

(٨) في ١ ، م ، د بالبيّنة .

ما زلت . تكذيب للبينة واللعان^(٩) ، فلا تثبت له حجة قد أكذبها . وجرى هذا مجرى قوله في الرديعة إذا ادعى عليه ، فقال : ما أودعني . فقامت عليه البينة بالوديعة ، فادعى الرّد أو التّلف^(١٠) ، لم يقبل . ولو أجاب بأنه ماله عندي شيء . أو لا^(١١) يستحق عليّ شيئاً . فقامت عليه البينة ، فادعى الرّد أو التّلف ، قبل منه .

١٣٣١ - مسألة : قال : (وإن قدّفتها ، وانقضت من ولدها ، وثم اللعان يثبتهما بتفريق الحاكم ، نفى عنه ، إذا ذكره في اللعان)

وجملة ذلك أن الزوج إذا ولدت امرأته ولداً يمكن كونه^(١٢) منه ، فهو ولده في الحكم ؛ لقول النبي ﷺ : « الولد للفراس »^(١٣) . ولا ينفى عنه إلا أن ينفيه باللعان الثام ، الذي اجتمعت شروطه ، وهي أربعة ؛ أحدها ، أن يوجد اللعان^(١٤) منهما جميعاً . وهذا قول عامة أهل العلم . وقال الشافعي : ينفى بلعان الزوج وحده ؛ لأن نفى الولد إنما كان بيمينته واليمين^(١٥) ، لا يمين المرأة على تكذيبه ، ولا معنى ليمين المرأة في نفى النسب ، وهي تثبته وتكذب قول من ينفيه ، وإنما لعانها لدرء الحد عنها^(١٦) ، كما قال الله تعالى : ﴿ وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ / أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾^(١٧) . ولنا ، أن النبي ﷺ إنما نفى الولد عنه بعد تلاعنيهما ، فلا يجوز النفي ببعضيه ، كبعض لعان الزوج . والثاني : أن تكمل ألفاظ اللعان منهما جميعاً . الشرط الثالث ، أن يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة ، فإن بدأ بلعان المرأة لم يعتد به . وبه قال

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في ب : والتلف .

(١١) في ا ، ب ، م : ولا .

(١٢) في ا : أن يكون .

(١٣) تقدم تحريجه ، في : ٣١٦/٧ .

(١٤) في م : باللعان .

(١٥) في الأصل : ولعانه .

(١٦) في م : منها .

(١٧) سورة النور ٨ .

أبو ثور ، وابن المنذر . وقال مالك ، وأصحاب الرأي : إن فَعَلَ أخطأ السنة ، والفرقة جائزة ، ويتنقى الولد عنه ؛ لأن الله تعالى عطف لعانها على لعانها بالواو ، وهي لا تقتضي ترتيباً^(٧) ، ولأن اللعان قد وجد منهما جميعاً ، فأشبه ما لو ربت . وعند الشافعي ، لا يتم اللعان إلا بالترتيب ، إلا أنه^(٨) يكفي عنده لعان الرجل وحده لتنفي الولد ، وذلك حاصل مع إخلاله بالترتيب ، وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة . ولنا ، أنه أئى باللعان على غير ما ورد به القرآن والسنة ، فلم يصح ، كما لو اقتصر على لفظة واحدة ، ولأن لعان الرجل يثبت لإثبات زناها ونفي ولدها ، ولعان المرأة للإلكار ، فقدمت بينة الإثبات ، كتقديم الشهود على الأيمان ، ولأن لعان المرأة لدرء العذاب عنها ، ولا يتوجه عليها ذلك إلا بلعان الرجل ، فإذا قدمت لعانها على لعانه ، فقد قدمت على وقته ، فلم يصح ، كما لو قدمت على القذف . الشرط الرابع ، أن يذكر نفى الولد في اللعان ، فإن^(٩) لم يذكر ، لم يتنق^(١٠) ، إلا أن يُعيد اللعان ويذكر نفيه . وهذا ظاهر كلام الخرقي ، واختيار القاضي ، ومذهب الشافعي . وقال أبو بكر : لا يحتاج إلى ذكر الولد ونفيه ، ويتنقى بزوال الفراش ؛ لأن حديث سهل بن سعيد ، الذي وصف فيه اللعان ، لم يذكر فيه الولد ، وقال فيه : ففرق رسول الله ﷺ بينهما ، وقضى أن لا يدعى ولدها^(١١) لأب ، ولا يرمى ولدها . رواه أبو داود^(١٢) . وفي حديث رواه مسلم^(١٣) ، عن عبد الله^(١٤) ، أن رجلاً لأعن امرأته على عهد رسول الله ﷺ ، ففرق النبي ﷺ بينهما ، وألحق الولد

(٧) في ١ ، ب ، م ، ٥ : ترتيباً .

(٨) في الأصل زيادة : مما .

(٩) في ب ، م ، ٥ : فإذا .

(١٠) في زيادة : عنه .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥٢١ .

(١٣) تقدم تحريجه في ٣٧٣ / ٨ .

(١٤) أي ابن عمر .

بأَمِّه . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ سَقَطَ حَقُّهُ بِاللَّعَانِ ، كَانَ ذِكْرُهُ شَرْطًا ، كَالْمَرْأَةِ ، وَلَآنَ غَايَةُ مَا فِي
 اللَّعَانِ أَنْ يَثْبُتَ زِنَاهَا ، وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ نَفْيَ الْوَلَدِ ، كَالْوَلَدِ أَقْرَبُ بِهِ ، أَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ ،
 فَأَمَّا حَدِيثُ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ ، فَقَدْ رَوَى فِيهِ : وَكَانَتْ حَامِلًا ، فَأُتِيَ بِهَا حَمَلُهَا . مِنْ رَوَايَةِ
 الْبُخَارِيِّ ^(١٥) . وَرَوَى عَنْ ^(١٦) ابْنِ / عَمْرٍ ، أَنَّ رَجُلًا لَاعَنَ امْرَأَتَهُ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ
 ﷺ ، وَانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا ، فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا ، وَالْحَقُّ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ ^(١٧) .
 وَالزِّيَادَةُ مِنَ الثَّقَةِ مَقْبُولَةٌ . فَعَلَى هَذَا ، لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْوَلَدِ فِي كُلِّ لَفْظَةٍ ، وَمَعَ اللَّغْنِ فِي
 الْخَامِسَةِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ لَفْظَاتِ اللَّعَانِ . وَذَكَرَ الْخَرَقِيُّ شَرْطًا خَامِسًا ، وَهُوَ تَفْرِيقُ الْحَاكِمِ
 بَيْنَهُمَا . وَهَذَا عَلَى الرُّوَايَةِ الَّتِي تُشْتَرِطُ تَفْرِيقَ الْحَاكِمِ لَوْجُوعِ الْفُرْقَةِ ، فَأَمَّا عَلَى الرُّوَايَةِ
 الْأُخْرَى ، فَلَا يُشْتَرِطُ تَفْرِيقُ الْحَاكِمِ لِنَفْيِ الْوَلَدِ ، كَمَا لَا يُشْتَرِطُ لَذَرِّ الْحَدِّ عَنْهُ ، وَلَا
 لَفَسْخِ النُّكَاحِ . وَشَرَطَ أَيْضًا شَرْطًا سَادِسًا ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ قَدْ قَذَفَهَا . وَهَذَا شَرْطُ
 اللَّعَانِ ^(١٨) ، فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ إِلَّا بَعْدَ الْقَذْفِ ، وَسَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَإِنْ وَلَدَتْ امْرَأَتُهُ ثَوَامَيْنِ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ .
 فَاسْتَلْحَقَ ^(١٩) أَحَدَهُمَا ، وَنَفَى الْآخَرَ ، لِحَقِّقَ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ الْوَاحِدَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ
 بَعْضُهُ مِنْهُ وَبَعْضُهُ مِنْ غَيْرِهِ ، فَإِذَا ثَبِتَ نَسَبُ أَحَدِهِمَا مِنْهُ ، ثَبِتَ نَسَبُ الْآخَرِ ضَرْوَرَةً ،
 فَجَعَلْنَا مَا نَفَاهُ تَابِعًا لِمَا اسْتَلْحَقَّهُ ، وَلَمْ نَجْعَلْ مَا أَقْرَبَهُ تَابِعًا لِمَا نَفَاهُ ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يُخْتَلَطُ
 لِإِثْبَاتِهِ لَا لِنَفْيِهِ ، وَلِهَذَا لَوْ أَثَبَّتْ امْرَأَتُهُ بَوْلِدَ يُمَكِّنُ كَوْنُهُ مِنْهُ ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنْ غَيْرِهِ ،
 أَلْحَقْنَاهُ بِهِ اخْتِطَاطًا ، وَلَمْ نَقْطَعْ عَنْهُ اخْتِطَاطَ لِنَفْيِهِ . فَإِنْ كَانَ قَدْ قَذَفَ أُمَّهُمَا وَطَأَبَتْهُ
 بِالْحَدِّ ، فَلَهُ إِسْقَاطُهُ بِاللَّعَانِ . وَحَكِيىَ عَنِ الْقَاضِي ، أَنَّهُ يُحَدُّ ، وَلَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ

(١٥) في : باب التلاعن في المسجد ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٦٩/٧ .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) هو الذي تقدم تخريجه في : ٣٧٣/٨ .

(١٨) في الأصل : للعان ؛ .

(١٩) في م : فاستحق ؛ .

باللعان . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه باستلحاقه اعترف بكذبه في قذفه ، فلم يُسمع إنكاره بعد ذلك . ووجه الأول ، أنه لا يلزم من كون الولد منه ، انتفاء الزنى عنها ، كما لا يلزم من وجود الزنى منها كون الولد منه ، ولذلك لو أقرت بالزنى ، أو قامت به بينة ، لم ينتف الولد عنه ، فلا تنافي بين لعانه وبين استلحاقه^(٢٠) للولد . وإن استلحق أحد^(٢١) التوأمين وسكت عن الآخر ، لحقه ؛ لأنه لو نفاه للحقه^(٢٢) ، فإذا سكت عنه كان أولى ، ولأن امرأته متى أثبت بولده ، لحقه ما لم ينفيه عنه^(٢٣) باللعان^(٢٤) . وإن نفى أحدهما ، وسكت عن الآخر ، لحقاه جميعا . فإن قيل : ألا تغيب المسكوت عنه ؛ لأنه قد نفى أخاه ، وهما حمل واحد ؟ قلنا : لحوق النسب مني على التغليب ، وهو يثبت بمجرد الإمكان ، وإن كان / لم يثبت الوطء ، ولا ينتفى^(٢٥) لإمكان النفي^(٢٦) ، فافترقا . فإن أثبت بولده ، فنفاه ، ولأعن لنفيه ، ثم ولدت آخر لأقل من سبعة أشهر ، لم ينتف الثاني باللعان الأول ؛ لأن اللعان تناول الأول وحده ، ويحتاج في نفي الثاني إلى لعان ثانٍ . ويحتمل أنه ينتفى بنفيه من غير حاجة إلى لعان ثانٍ ؛ لأنهما حمل واحد ، وقد لأعن لنفيه مرة ، فلا يحتاج إلى لعان ثانٍ . ذكره القاضي . فإن أقر بالثاني ، لحقه هو والأول ؛ لما ذكرناه ، وإن سكت عن نفيه ، لحقاه أيضا . فأما إن نفى الولد باللعان ، ثم أثبت بولده آخر بعد سبعة أشهر ، فهذا من حمل آخر ، فإنه لا يجوز أن يكون بين ولدتين من حمل واحد مدة الحمل ، ولو أمكن لم تكن هذه مدة حمل كامل . فإن نفى هذا الولد باللعان ، انتفى ، ولا ينتفى بغير اللعان ؛ لأنه حمل منفرد ، وإن استلحقه ، أو ترك نفيه ، لحقه وإن كانت قد بائت باللعان ؛ لأنه يمكن أن يكون قد وطئها بعد وضع

١١٢/٨ ظ

(٢٠) في ١ ، ب ، م : استلحاقه .

(٢١) في ١ : بأحد .

(٢٢) في ١ : لحقه .

(٢٣) في ١ ، ب ، م : عن .

(٢٤) في ب ، م : اللعان .

(٢٥-٢٦) في ب ، م : الإمكان للنفي .

الأول . وإن لاعنها قبل وضع الأول ، فأثت بوليد ، ثم ولدت آخر بعد ستة أشهر ، لم يلحقه الثاني ؛ لأنها باثت باللعان ، وانقضت عدتها بوضع الأول ، وكان حملها الثاني بعد انقضاء عدتها في غير نكاح ، فلم يحتج إلى نفية .

فصل : وإن مات أحد الثؤمين ، أو ماتا معاً ، فله أن يلاعن لتفي نسبيهما . وهذا^(٢٦) قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يلزمه نسب الحي ، ولا يلاعن إلا لتفي الحد ؛ لأن الميت لا يصح نفيه باللعان ، فإن نسبه قد انقطع بموته ، فلا حاجة إلى نفيه باللعان ، كما لو ماتت امرأته ، فإنه لا يلاعنها بعد موتها ، لقطع النكاح ، لكونه قد انقطع ، وإذا لم ينتف الحي لم ينتف الحي ؛ لأنهما حمل واحد . ولنا ، أن الميت يتنسب إليه ، فيقال : ابن فلان . ويلزمه تجهيزه ، وكفنيته ، فكان له نفى نسبه ، وإسقاط مؤنته ، كالحي ، وكما لو كان للميت ولد .

١٣٣٢ - مسألة : قال : (وإن أكذب نفسه بعد ذلك ، لحقه الولد) .

وجله ذلك أن الرجل إذا لاعن امرأته ، ونفى ولدها ، ثم أكذب نفسه ، لحقه الولد إذا كان حياً . بغير خلاف بين أهل العلم . وإن كان ميتاً ، لحقه نسبه أيضاً . في قول أكثر أهل العلم ، سواء كان له ولد أو لم يكن ، وسواء خلف مالا أو لم يخلف ؛ وذلك لأن النسب حق للولد ، فإذا أقر به / ، لزمه ، وسواء^(٢٧) تقدم إنكاره له أو لم يكن ، ولأن سبب نفيه عنه نفيه له ، فإذا أكذب نفسه . فقد زال سبب النفي ، وبطل ، فوجب أن يلحقه نسبه بحكم النكاح الموجب للحق نسبه به .

فصل : والقذف على ثلاثة أضرب ؛ واجب ، وهو أن يرى امرأته تزنى في طهر لم يطأها^(٢٨) فيه ، فإنه يلزمه اعتزالها حتى تنقضي عدتها ، فإذا أثت بوليد لسيئة أشهر من

(٢٦) في ١ : ٥ به .

(٢٧) سقطت الواو من : ب .

(٢٨) في ١ : ٥ بجاسها .

حين الرزى ، وأمكنه نفيه عنه ، لزمه قذفها ، ونفى ولدها ؛ لأن ذلك يجرى مجرى اليقين في أن الولد من الرزى ، فإذا لم يتفه ، لحقه الولد ، وورثه ، وورث أقاربه ، وورثوا منه ، ونظر إلى بناته وأخواته ، وليس ذلك بجائر ، فيجب نفيه لإزالة ذلك . ولو أقرت بالرزى ، ووقع في قلبه صدفها ، فهو كالورآها . الثاني ، أن يراها تزنى ، أو يثبت عنده زناها ، وليس ثم ولد يلحقه نسبه ، أو ثم ولد لكن لا يعلم أنه من الرزى ، أو يحبره بزناها ثقة يصدق ، أو يسمع في الناس أن فلاناً يفجر بفلانة ، وشاهده عندها ، أو داخلها إليها أو خارجاً من عندها ، أو يغلب على ظنه فجورها ، فهذا له قذفها ؛ لأنه روى عن عبد الله ، أن رجلاً أتى النبي ﷺ ، فقال : أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً ، فتكلمتم جلدتموه ، أو قتل قتلتموه ، أو سكك سكك على غيظ^(٣) . فذكر أنه يتكلم أو يسكت ، ولم يتكبر عليه النبي ﷺ . ولأن النبي ﷺ لم يتكبر على هلال والعجلاني قذفهما حين رأيا^(٤) . وإن سكك جازر ، وهو أحسن ؛ لأنه يمكنه فراقها بطلاقها ، ويكون فيه سترها وستر نفسه ، وليس ثم ولد يحتاج إلى نفيه . الحال الثالث ، محرم ، وهو ما عدا ذلك ، من قذف أزواجه والأجانب ؛ فإنه من الكبائر ، قال الله تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾^(٥) . وقال النبي ﷺ : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتُ عَلَى قَوْمٍ مِنْ كَيْسٍ مِنْهُمْ ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ ، وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ ، وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْتَظِرُ إِلَيْهِ ، اخْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ ، وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ » . رواه أبو داود^(٦) .

(٣) أخرجه مسلم ، في : كتاب اللعان . صحيح مسلم ١١٣٣/٢ . وأبو داود ، في : باب في اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٢/١ . وابن ماجه ، في : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٦٩/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢١/١ ، ٤٢٢ ، ٤٤٨ .
(٤) تقدم تخرج حديثهما في : ٣٣٠/١٠ ، ٣٣٧/٨ .
(٥) سورة النور ٢٣ .
(٦) في : باب التغليظ في الانفاء ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٥/١ .

١١٣/٨ ط قوله : « وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ » . يَعْنِي يَرَاهُ مِنْهُ / ، فَكَمَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَى الْمَرَأَةِ أَنْ تُدْخَلَ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ ، حَرَّمَ عَلَى الرَّجُلِ جَحْدَ وَلَدِهِ . وَلَا يَجُوزُ قَدْفُهَا بِخَيْرٍ مَنْ لَا يُوثِقُ بِخَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَى الْكِذْبِ عَلَيْهَا ، وَلَا بِرُؤْيَيْهِ رَجُلًا خَارِجًا مِنْ عِنْدِهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْتَفِيزَ زِنَاهَا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ دَخَلَ سَارِقًا ، أَوْ هَارِبًا ، أَوْ حَاجِبًا ، أَوْ لَعْرَضِي فَاسِدًا ، فَلَمْ يُمَكِّنْهُ ، وَلَا لِاسْتِفَاضَةِ ذَلِكَ فِي النَّاسِ مِنْ غَيْرِ قَرِينَةٍ تُدَلُّ عَلَى صِدْقِهِمْ ؛ لِإِحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ أَعْدَاؤُهَا أَشَاعُوا ذَلِكَ عَنْهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْاسْتِفَاضَةَ أَقْوَى مِنْ خَبَرِ الثَّقَةِ . وَلَا بِمُخَالَفَةِ^(٧) الْوَلَدِ لَوْنٍ وَالذَّيْنِ أَوْ شَبَهَيْهِمَا ، وَلَا لِشَبَهِهِ بِغَيْرِ وَالذَّيْنِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي قُرَازَةَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ أَمْرًا بِي جَاءَتْ بَوْلَدٍ أَسْوَدَ . يُعْرَضُ بَنَفِيهِ ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ : « هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ ؟ » قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : « فَسَا أَلْوَانُهَا ؟ » قَالَ : حُمْسَرٌ . قَالَ : « هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْزَقٍ ؟ » قَالَ : إِنَّ فِيهَا لَوَرْقًا^(٨) . قَالَ : « فَأَنْتَى أَتَاهَا ذَلِكَ ؟ » قَالَ : عَسَى أَنْ يَكُونَ نَزَعَهُ عِرْقِي . قَالَ : « فَهَذَا عَسَى أَنْ يَكُونَ^(٩) نَزَعَهُ عِرْقِي » . قَالَ : وَلَمْ يُرْخَصْ لَهُ فِي^(١٠) الْإِنْتِغَاءِ مِنْهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١١) . وَلِأَنَّ النَّاسَ كُلَّهُمْ مِنْ آدَمَ وَحَوَاءَ ، وَالْوَأْنَهُمْ وَخِلْقُهُمْ مُخْتَلِفَةٌ ، فَلَوْلَا مُخَالَفَتُهُمْ شَبَهَ وَالذَّيْنِ ، لَكَانُوا عَلَى صِفَةٍ^(١٢) وَاحِدَةٍ ، وَلِأَنَّ دَلَالََةَ الشَّبهِ ضَعِيفَةٌ ، وَدَلَالَةُ وَلَا ذَنْبَهُ عَلَى الْفِرَاشِ قَوِيَّةٌ ، فَلَا يَجُوزُ تَرْكُ الْقَوَى لِمُعَارَضَةِ الضَّعِيفِ ، وَلِذَلِكَ لَمَّا تَنَازَعَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَاصٍ ، وَعَبْدُ بْنُ زُعْمَةَ ، فِي ابْنِ وَلِيدَةَ

= كما أخرجه النسائي ، في : باب التغليب في الانتفاء من الولد . المجتبى ١٤٧/٦ . وابن ماجه ، في : باب من أنكر ولده ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٩١٦/٢ . والدارمي ، في : باب من جحد ولده وهو يعرفه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٣/٢ .

(٧) في الأصل : « مخالفة » .

(٨) في م : « أوزقا » .

(٩) في إنبادة : « قد » .

(١٠) سقط من : ١ ، ب ، م .

(١١) تقدم غريبه ، في : ٨ / ٣٧٢ .

(١٢) في ١ ، م : « خلقة » .

زَمْعَةً ، ورأى النبي ﷺ به ^(١٣) شَبَّهَا يَتَنَا بِمُتَبَّةٍ ، الْحَقَّ الْوَلَدَ بِالْفِرَاشِ ، وَتَرَكَ الشَّبَّةَ ^(١٤) . وهذا اختيار أبي عبيد الله ابن حامد ، وأخذ الوجهين لأصحاب الشافعي . وذكر القاضي ، وأبو الخطاب ، أن ظاهر كلام أحمد ، جواز نفية . وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي ؛ لقول النبي ﷺ ، في حديث اللعان : « إِنْ جَاءَتْ بِهِ أَوْزَقُ جَعَدًا جُمَالًا عَدَلَجَ السَّاقَيْنِ سَابِعَ الْآلَتَيْنِ ، فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيَ بِهِ » . فأتت به على الثَّغْبِ الْمَكْرُوهِ ، فقال النبي ﷺ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ ، لَكَانَ لِي وَلَهَا شَانٌ ^(١٥) » . فجعل الشَّبَّةَ دَلِيلًا عَلَى نَفْيِهِ عَنْهُ ، ^(١٦) والصحيح الأول . وهذا الحديث إنما يدل على نفيه عنه ^(١٧) ، مع ما ^(١٨) تقدّم من إعيائه ونفيه إثباته ^(١٩) عن نفسه ، فجعل الشَّبَّةَ مُرْجَحًا لقوله ، ودليلاً على تصديقه ، وما تقدّم من الأحاديث / يدل على عدم استقلال الشَّبَّةِ بالنفي ، ولأن هذا كان في موضع زال الفِرَاشُ ، وانقطع نَسَبُ الْوَلَدِ عَنْ صَاحِبِهِ ، فلا يثبت مع بقاء الفِرَاشِ الْمُفْتَضَى لِحُوقِ نَسَبِ الْوَلَدِ بِصَاحِبِهِ . وإن كان يُعْزَلُ عَنْ أَمْرَاتِهِ ، فأتت بولده ، لم يبيح له نفيه ؛ لما ذكرنا من حديث جابر وأبي سعيد ^(٢٠) . وعن أبي سعيد ، أنه قال : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا نُصِيبُ مِنَ النِّسَاءِ ، وَنُحِبُّ الْإِيمَانَ ، أَفْتَعْزَلُ عَنْهُنَّ ؟ قال : « إِنْ اللَّهَ إِذَا قَضَى خَلْقَ نَسَمَةٍ خَلَقَهَا » . ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فتعلق . وأما إن كان لا يطؤها إلا دون الفرج ، أو في الدُّبُرِ ، فأتت بولده ، فذكر أصحابنا أنه ليس له نفيه ؛ لأنه لا يأمن أن يسبق الماء إلى الفرج فيتعلق به . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وهو بعيد ؛ لأنه من أحكام الوطء في الفرج ، فلا يتعلق ^(٢١) بما دونه كسائر الأحكام ، ودلالة عدم

و ١١٤/٨

(١٣) في ١ ، م : ٥ فيه .

(١٤) تقدم ترجمته ، في ٧ / ٣١٦ .

(١٥) تقدم ترجمته ، في ٨ / ٣٧٣ .

(١٦-١٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٧) سقط من : ١ ، ب ، م .

(١٨) تقدم الترجيح ، في ١٠ / ٢٢٩ .

(١٩) في ب زيادة : ٥ به .

الْوَطءِ فِي الْفَرْجِ عَلَى انْتِفَاءِ الْوَلَدِ أَشَدُّ مِنْ دَلَالَةِ مُخَالَفَةِ الْوَلَدِ لَوْنِ وَالِدَيْهِ . فَأَمَّا إِنْ وَجِدَ أَحَدُ هَذِهِ الْوُجُوهِ الَّتِي ذَكَرْنَا مَعَ الرَّئْيِ ، وَيَحْتَمِلُ كَوْنُهُ مِنْهُ أَوْ مِنَ الرَّأْيِ ، مِثْلُ أَنْ زَنَتْ فِي طَهْرِ أَصَابِهَا فِيهِ ، أَوْ زَنَتْ فَلَمْ يَنْتَزِلْهَا ، وَلَكِنَّهُ كَانَ يَنْزِلُ عَنْهَا ، أَوْ كَانَ لَا يَطْهَرُهَا إِلَّا دُونَ الْفَرْجِ ، لَوْ كَانَ الْوَلَدُ شَبِيهَا بِالرَّأْيِ دُونَهُ ، لَزِمَهُ تَفْيِهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا مَعَ الرَّئْيِ يُوجِبُ نِسْبَتَهُ إِلَى الرَّأْيِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَكَمَ بِوَلَدِ امْرَأَةٍ هَلَالٍ لِشَرِيكِ بْنِ سَخْمَاءَ ، بِشَبِيهِهِ لَهُ ، مَعَ لِعَانٍ هَلَالٍ لَهَا ، وَقَذْفِهِ إِيَّاهَا . وَأَمَّا إِذَا أَثَبَّتَ زَوْجَتُهُ بِوَلَدٍ ، فَشَكَّ فِيهِ مِنْ غَيْرِ مَعْرِفَتِهِ لِرِثَائِهَا ، فَلَا يَجِلُّ لَهُ قَذْفُهَا ، وَلَا لِعَانُهَا ؛ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ حَدِيثِ الْفَزَارِيِّ . وَكَذَلِكَ إِنْ عَرَفَ زِنَاهَا ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْوَلَدَ مِنَ الرَّأْيِ ، وَلَا وَجَدَ دَلِيلَ عَلَيْهِ ، فَلَيْسَ لَهُ تَفْيِهُ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ .

فصل : فَإِنْ أَكْرَهَتْ زَوْجَتُهُ عَلَى الرَّئْيِ فِي طَهْرِهَا لَمْ يُصِبْهَا فِيهِ ، فَأَثَبَتْ بِوَلَدٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْوَاطِئِ ، فَهُوَ مِنْهُ ، وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ قَذْفُهَا بِالرَّئْيِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِرَأْيٍ مِنْهَا . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ تَفْيِهُ ، وَيَلْحَقُهُ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّ تَفْيَ الْوَلَدِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِاللِّعَانِ ، وَمِنْ شَرْطِ اللَّعَانِ الْقَذْفُ ، وَلِأَنَّ اللَّعَانَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِلِعَانِ الْمَرْأَةِ ، وَلَا يَصِحُّ اللَّعَانُ مِنَ الْمَرْأَةِ هَهُنَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تُكَذِّبُ الزَّوْجَ فِي إِكْرَاهِهَا عَلَى ذَلِكَ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَذَكَرَ ١١٤/٨ ط بعضُ أَصْحَابِنَا أَنَّ^(٢٠) / فِي ذَلِكَ رَوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ تَفْيِهُ بِاللِّعَانِ ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَاجٌ إِلَى تَفْيِهِ ، فَكَانَ لَهُ تَفْيِهُ ، كَمَا لَوْ زَنَتْ مُطَاوَعَةً . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَهَذَا إِنَّمَا يَصِحُّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ يَرَى تَفْيَ الْوَلَدِ بِلِعَانِ الزَّوْجِ وَحْدَهُ . وَأَمَّا مَنْ لَا يَرَى ذَلِكَ ، فَلَا يَصِحُّ عِنْدَهُ التَّفْيُ بِاللِّعَانِ هَهُنَا . وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

١٣٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ تَفَى الْحَمْلُ فِي الْإِصْبَاحِ ، لَمْ يَتَّفِقْ عَنْهُ^(١) حَتَّى يَتَّفِقَهُ عِنْدَ وَضْعِهَا لَهُ ، وَيُلَاعِنَ)

(٢٠) سقط من : م ، ١ .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

اختلف أصحابنا فيما إذا لآعن امرأته وهي حامل ، ونفى حملها في إلعانها ، فقال
الخِرَقِيُّ وجماعة : لا ينتفى الحمل بِنَفْيِهِ قَبْلَ الْوَضْعِ ، ولا ينتفى حتى يُلَاعِنَهَا بَعْدَ
الْوَضْعِ ، وينتفى الولد فيه . وهذا قول أبي حنيفة ، وجماعة من أهل الكوفة ؛ لأنَّ الحملَ
غيرُ مُسْتَيَقِّنٍ يجوزُ أن يكونَ رَيْحًا ، أو غيرها ، فبصيرُ نَفْيِهِ مَشْرُوطًا بِوُجُودِهِ ، ولا يجوزُ
تَغْلِيْقُ اللَّعَانِ بِشَرْطٍ . وقال مالك ، والشافعي ، وجماعة من أهل الحجاز : يصحُّ نَفْيُ
الحمل ، وينتفى عنه ، مُحْتَجِّجِينَ بِحَدِيثِ هَلَالٍ ، وَأَنَّهُ نَفَى حَمْلَهَا فَتَفَاءَ عَنْهُ النَّبِيُّ ﷺ ،
وَالْحَقُّ بِالْأُمِّ^(٢) . ولا خفاءَ بَأَنَّهُ كَانَ حَمْلًا ، ولهذا قال النَّبِيُّ ﷺ : « انْظُرُوهَا ، فَإِنْ
جَاءَتْ بِهِ كَذَا وَكَذَا » . قال ابنُ عبيدِ الرَّيِّ : الآثارُ الدَّالَّةُ على صِحَّةِ هذا القولِ كثيرةٌ .
وَأُورِدَهَا . ولأنَّ الحملَ مَطْنُونٌ بِأَمَارَاتٍ تُدَلُّ عليه ، ولهذا ثَبَتَتْ^(٣) لِلْحَامِلِ أَحْكَامُ تُخَالَفُ
فِيهَا^(٤) الْحَائِلُ ؛ من النُّفَقَةِ ، وَالْفِطْرِ فِي الصَّبَا ، وَتَرْكِ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا ، وَتَأْخِيرِ
الْقِصَاصِ عَنْهَا ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَطُولُ ذِكْرُهُ . وَيَصِحُّ اسْتِلْحَاقُ الْحَمْلِ ، فَكَانَ كَالْوَلَدِ
بَعْدَ وَضْعِهِ . وهذا القولُ هو الصَّحِيحُ ؛ لِمُوَافَقَتِهِ ظَوَاهِرِ الْأَحَادِيثِ ، وَمَا خَالَفَ
الْحَدِيثَ لَا يَتَغَيَّبُ بِهِ كَاتِبًا مَا كَانَ . وقال أبو بكرٍ : ينتفى الولدُ بِزَوَالِ الْفِرَاشِ ، وَلَا يَحْتَاجُ
إِلَى ذِكْرِهِ فِي اللَّعَانِ . أَخْرَجَ جَا بْظَاهِرِ الْأَحَادِيثِ ، حَيْثُ لَمْ يَنْقَلْ فِيهَا نَفْيُ الْحَمْلِ ، وَلَا
التَّعَرُّضُ لِنَفْيِهِ . وقد ذكرنا ذلك ، فَأَمَّا مَنْ قَالَ : إن الولدَ لَا يَنْتَفِي إِلَّا بِنَفْيِهِ بَعْدَ الْوَضْعِ ،
فَأِنَّهُ يَحْتَاجُ فِي نَفْيِهِ إِلَى إِعَادَةِ اللَّعَانِ بَعْدَ الْوَضْعِ . وقال أبو حنيفة وَمَنْ وافقه : إن لَاعِنَهَا
حَامِلًا ، ثُمَّ أَكْتِ بِالْوَلَدِ ، لَزِمَهُ ، وَلَمْ يَتِمَّكُنْ مِنْ نَفْيِهِ ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ لَا يَكُونُ إِلَّا بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ ،
وهذه قد بانَتْ يِلْعَانُهَا فِي حَالِ^(٥) حَمْلِهَا . وهذا فيه إِرْزَامُهُ وَلَدًا لَيْسَ مِنْهُ ، وَسَدُّ بَابِ الْإِنْفَاءِ
مِنْ أَوْلَادِ الزَّكَاةِ ، وَاللَّهُ تَعَالَى قَدْ جَعَلَ / لَهُ إِلَى ذَلِكَ طَرِيقًا ، فَلَا يَجُوزُ سَدُّهُ ،

١١٥/٨

(٢) في م : ١ : بالأول . وتقدم تحريمه في : ٣٧٣/٨ .

(٣) في الأصل : ثبت .

(٤) في ١ ، ب ، م ، ٥ : بها .

(٥) سقط من : الأصل .

وإنما تُعْتَبَرُ الزَّوْجِيَّةُ فِي الْحَالِ الَّتِي أَضَافَ الزَّيْنَى إِلَيْهَا فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ الَّذِي ^(٦) تَأْتِي بِهِ يَلْحَقُهُ إِذَا ^(٧) لَمْ يَنْفِهِ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى نَفْيِهِ ، وَهَذِهِ كَانَتْ زَوْجَةً فِي تِلْكَ الْحَالِ ، فَتَمْلِكُ نَفْيَ وَلَدِهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ اسْتَلْحَقَّ الْحَمْلَ ، فَمَنْ قَالَ : لَا يَصِحُّ نَفْيُهُ . قَالَ : لَا يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ . وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ . وَمَنْ أَجَازَ نَفْيَهُ ، قَالَ : ^(٨) يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِوُجُودِهِ ، بِدَلِيلِ وَجُوبِ النِّفَقَةِ ، وَوَقْفِ الْمِيرَاثِ ، فَصَحَّ الْإِقْرَارُ بِهِ كَالْمَوْلُودِ ، وَإِذَا اسْتَلْحَقَّهُ لَمْ يَمْلِكْ نَفْيَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ اسْتَلْحَقَّهُ بَعْدَ الْوَضْعِ . وَمَنْ قَالَ : لَا يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ . قَالَ : لَوْ صَحَّ اسْتِلْحَاقُهُ لَلَزَمَهُ ^(٩) بَرَكُ نَفْيِهِ كَالْمَوْلُودِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ . وَلِأَنَّ لِلشَّيْءِ ^(١٠) أَثَرًا فِي الْإِلْحَاقِ ، بِدَلِيلِ حَدِيثِ الْمُلَاعَنَةِ ، وَذَلِكَ مُحْتَضَرٌ بِمَا بَعْدَ الْوَضْعِ ، فَاخْتَصَّ صَحَّةُ الْإِلْحَاقِ ^(١١) بِهِ . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ اسْتَلْحَقَّهُ ثُمَّ نَفَاهُ بَعْدَ وَضْعِهِ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ، فَأَمَّا إِنْ سَكَتَ عَنْهُ ، فَلَمْ يَنْفِهِ ، وَلَمْ يَسْتَلْحِقْهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ عِنْدَ أَحَدٍ عَلَمْنَا قَوْلَهُ ؛ لِأَنَّ تَرْكَهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ وَجُودُهُ إِلَّا أَنْ يُلَاحِظَهَا ، فَإِنْ أَبَا حَنِيفَةَ أَلْزَمَهُ الْوَلَدَ ، عَلَى مَا أَسْلَفْنَا .

فصل : وَإِذَا وَلَدَتْ امْرَأَتُهُ وَلَدًا ، فَسَكَتَ عَنْ نَفْيِهِ ، مَعَ امْتِكَانِهِ ، لَزِمَهُ نُسَبُهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ بَعْدَ ذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، قَالَ أَبُو بَكْرِ : لَا يَتَقَدَّرُ ذَلِكَ بِثَلَاثٍ ، بَلْ هُوَ عَلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، إِنْ كَانَ لِيَلَا فُتْحِي يُصْبِحُ وَيَتَشَبَّرُ النَّاسُ ، وَإِنْ كَانَ جَائِعًا أَوْ ظَمْآنًا فَفُتْحِي يَأْكُلُ أَوْ يَشْرَبُ ، أَوْ يَنَامُ إِنْ كَانَ نَاعِسًا ، أَوْ يَلْبَسُ ثِيَابَهُ وَيُسْرِجُ دَابَّتَهُ

(٦) فِي الْأَصْلِ : هُوَ الَّذِي .

(٧) فِي م : هُوَ إِذَا .

(٨) فِي أ ، ب ، م : زِيَادَةُ : لَا .

(٩) فِي م : لَزِمَهُ .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : هُوَ فِي الشَّيْءِ .

(١١) فِي أ ، ب ، م : الِاسْتِلْحَاقُ .

وَيَرْكَبُ وَيُصَلِّي إِنْ حَضَرَتِ الصَّلَاةُ ، وَيُحَرِّزُ^(١٢) مَالَهُ إِنْ كَانَ غَيْرَ مُحَرَّرٍ^(١٣) ، وَأَشْبَاهُ هَذَا^(١٤) مِنْ أَشْغَالِهِ ، فَإِنْ أَخَّرَهُ بَعْدَ هَذَا كُلَّهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَهُ تَأْخِيرُ نَفْيِهِ يَوْمًا وَيَوْمَيْنِ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّ التَّنْفِيَّ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ يَشْتُقُّ ، فَقَدَّرَ بِالتَّوَمِينَ لِقَلْبِهِ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَتَقَدَّرُ بِمُدَّةِ النَّفَاسِ ؛ لِأَنَّهَا جَارِيَةٌ مَجْرَى الْوِلَادَةِ فِي الْحُكْمِ . وَحُكِّيَ عَنْ عَطَاءٍ ، وَمُجَاهِدٍ ، أَنَّ لَهُ نَفْيَهُ مَا لَمْ يُعْتَرَفْ بِهِ فَكَانَ لَهُ نَفْيُهُ ، كَحَالَةِ الْوِلَادَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خِيَارٌ لِدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فَكَانَ عَلَى الْقَوْرِ ، كَخِيَارِ الشُّفْعَةِ ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ »^(١٥) . عَامٌّ خَرَجَ مِنْهُ / مَا اتَّفَقْنَا عَلَيْهِ مَعَ السُّنَنِ الثَّابِتَةِ ، فَمَا عَدَاهُ يَتَّقَى عَلَى عُمُومِ الْحَدِيثِ ، وَمَا ذَكَرَهُ أَبُو حَنِيفَةَ يَبْطُلُ بِخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَالْأَخِذُ بِالشُّفْعَةِ ، وَتَقْدِيرُهُ بِمُدَّةِ النَّفَاسِ تُحْكِمُ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، وَمَا قَالَهُ عَطَاءٌ يَبْطُلُ أَيْضًا بِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلَا يَلْزَمُ الْقِصَاصُ ؛ فَإِنَّهُ^(١٦) لِاسْتِيفَاءِ حَقٍّ لَا لِدَفْعِ ضَرَرٍ ، وَلَا الْحَمْلُ ؛ لِأَنَّهُ^(١٧) لَمْ يَتَحَقَّقْ ضَرَرُهُ . إِذَا بَيَّنَّتْ هَذَا ، فَهَلْ يَتَقَدَّرُ الْخِيَارُ فِي التَّنْفِيِّ بِمَجْلِسِ الْعِلْمِ ، أَوْ بِإِمْكَانِ التَّنْفِيِّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى الْمُطَالَبَةِ بِالشُّفْعَةِ ، فَإِنْ أَخَّرَ نَفْيَهُ عَنْ ذَلِكَ ، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ بِالْوِلَادَةِ ، وَأَمَكَنَ صِدْقَهُ ، بِأَنْ يَكُونَ فِي مَوْضِعٍ يَحْفَى عَلَيْهِ ذَلِكَ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ فِي مَحَلَّةٍ أُخْرَى ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَبِينُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْعِلْمِ ، وَإِنْ لَمْ يُعْمَكِنْ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ مَعَهَا فِي الدَّارِ ، لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكَادُ يَخْفَى عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : عَلِمْتُ وَلَدَتُهُ ، وَلَمْ أَعْلَمْ أَنَّ لِي نَفْيَهُ . أَوْ : عَلِمْتُ ذَلِكَ ، وَلَمْ أَعْلَمْ أَنَّهُ عَلَى الْقَوْرِ . وَكَانَ مِمَّنْ يَخْفَى عَلَيْهِ ذَلِكَ ، كَعَامَّةِ النَّاسِ ، قُبِلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَخْفَى عَلَيْهِمْ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ حَدِيثٌ عَهْدَ بِلَاغِ الْإِسْلَامِ ، وَإِنْ كَانَ فَقِيهًا ، لَمْ يُقْبَلْ ذَلِكَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا

١١٥/٨ ظ

(١٢) قى ب : و يحوز .

(١٣) قى الأصل : محروز .

(١٤) قى م : ذلك .

(١٥) تقدم تخريجه قى : ٣١٦/٧ .

(١٦) قى ا م : لأنه .

(١٧) قى ا : فإنه .

يَحْفَى عَلَيْهِ ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْفَقِيهَ يَحْفَى عَلَيْهِ كَثِيرٌ مِنَ الْأَحْكَامِ .
وقال أصحابنا : لَا يُقْبَلُ ذَلِكَ مِنَ الْفَقِيه ، وَيُقْبَلُ مِنَ النَّاشِئِ بِإِذْنِهِ ، وَحَدِيثُ الْعَهْدِ
بِالْإِسْلَامِ . وَهَلْ يُقْبَلُ مِنْ سَائِرِ الْعَامَّةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ كَانَ لَهُ عُذْرٌ يَمْتَنِعُهُ مِنْ
الْحَضُورِ لِتَفْيِهِ ، كَالْمَرَضِيِّ وَالْحَبْسِ ، أَوْ الْإِسْتِغَالِ بِحِفْظِ مَالٍ يَخَافُ ضَيَعَتَهُ ، أَوْ
بِمُلَازِمَةِ غَرِيمٍ يَخَافُ فَوْتَهُ أَوْ غَيْبَتَهُ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَتْ مُدَّةُ ذَلِكَ قَصِيرَةً ^(١٨) فَأُخِّرَهُ
إِلَى ^(١٩) الْحَضُورِ لِيُزَوَّلَ عُذْرُهُ ، لَمْ يَبْطُلْ تَفْيِهِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ عَلِمَ ذَلِكَ لَيْلًا فَأُخِّرَهُ إِلَى
الصُّبْحِ ، وَإِنْ كَانَتْ تَنْتَظُلُوعًا ، فَأَمَكَنَهُ التَّنْفِيزُ إِلَى الْحَاكِمِ لِيُبْعَثَ إِلَيْهِ مَنْ يَسْتَوْفِي عَلَيْهِ
اللُّعَانَ وَالثَّقَى ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، سَقَطَ تَفْيِهِ ، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنَهُ ، أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ أَنَّهُ نَافٍ لَوَلَدِ
أَمْرَائِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، بَطُلَ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَقْدِرْ عَلَى تَفْيِهِ قَامَ ^(٢٠) الْإِشْهَادُ ^(٢١) بِمَقَامِهِ ،
كَمَا يَقِيْمُ الْمَرِيضُ الْفَقِيهَ بِقَوْلِهِ ، بَدَلًا عَنِ الْفَقِيهَةِ بِالْجَمَاعِ . فَإِنْ قَالَ : لَمْ أَصْدَقِ الْمُخْبِرَ
عَنْهُ . نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ مُسْتَفِيضًا مُتَشِيرًا ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، ^(٢٢) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَفِيضًا ،
وَكَانَ الْمُخْبِرُ مَشْهُورَ الْعَدَالَةِ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ^(٢٣) ، وَإِلَّا قُبِلَ . وَإِنْ قَالَ : لَمْ أَعْلَمْ أَنَّ عَلَى
ذَلِكَ قُبْلَ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يَحْفَى . وَإِنْ عَلِمَ وَهُوَ غَائِبٌ ، فَأَمَكَنَهُ السَّيْرُ ، فَاشْتَغَلَ /
بِهِ ، لَمْ يَبْطُلْ خِيَارُهُ ، وَإِنْ أَقَامَ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ ، بَطُلَ ؛ لِأَنَّهُ أُخِّرَهُ لِغَيْرِ عُذْرٍ ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ
حَاجَةٌ تَمْتَنِعُهُ مِنَ السَّيْرِ ، فَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قُبْلٍ . وَإِنْ أُخِّرَ تَفْيَهُ لِغَيْرِ عُذْرٍ ، وَقَالَ :
أُخِّرْتُ تَفْيَهُ رَجَاءً أَنْ يَمُوتَ ، فَأُسْتَرَّ عَلَيْهِ وَعَلَى . بَطُلَ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ أُخِّرَ تَفْيَهُ مَعَ الْإِمْكَانِ
لِغَيْرِ عُذْرٍ .

فصل : فَإِنْ هُتِيَ بِهِ ، فَأَمَرَ عَلَى الدُّعَاءِ ، لَزِمَهُ . فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . وَإِنْ قَالَ : أَحْسَنَ
اللَّهُ جَزَاءَكَ . أَوْ : بَارَكَ اللَّهُ عَلَيْكَ . أَوْ : رَزَقَكَ اللَّهُ مِثْلَهُ . لَزِمَهُ الْوَلَدُ . وَبِهَذَا قَالَ

(١٨-١٩) فِي ١ : فَأُخِّرَ .

(١٩) فِي ب ، م : كَانَ .

(٢٠) بَعْدَ هَذَا فِي م زِيَادَةٌ : قَاتِمًا .

(٢١-٢٢) سَقَطَ مِنْ ب . نَقَلَ نَظَرَ . وَسَقَطَ : قَوْلُهُ : مِنْ م .

أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يَلْزَمُهُ ؛ لأنه جازاه على قصده . وإذا قال : رَزَقَكَ اللهُ مثله . فليس ذلك إقرارًا ، ولا مُتَضَمَّنًا له . ولنا ، أن ذلك جوابُ الرّاضى فى العادة ، فكان إقرارًا ، كالتأمين على الدّعاء . وإن سكّت ، كان إقرارًا . ذكره أبو بكر ؛ لأنّ السكوت صلح ذالاً^(٢٢) على الرضى فى حقّ البكر ، وفى مواضع أخرى^(٢٣) ، فههنا أولى . وفى كلّ موضع لزّمه الولد ، لم يكن له نفيه بعد ذلك . فى قول جماعة أهل العلم ؛ منهم الشعبي ، والتخمي ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشافعي ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . وقال الحسن : له أن يلاعن لتفيه ما دامت أمه عنده يصير لها الولد ، ولو أقر به . والذي عليه الجمهور أولى ؛ فإنه أقر به ، فلم يملك جحدّه ، كالمو بائث منه أمه ، ولأنّه أقر بحقّ عليه ، فلم يقبل منه جحدّه ، كسائر الحقوق .

١٣٣٤ - مسألة : قال : (وَلَوْ جَاءَتْ امْرَأَتُهُ بِوَلَدٍ ، فَقَالَ : لَمْ تَزِنِ ، وَلَكِنْ لَيْسَ^(١) هَذَا الْوَلَدُ مِنِّي . فَهُوَ وَلَدُهُ فِي الْحُكْمِ ، وَلَا حَدٌّ عَلَيْهِ لَهَا)

وجملة ذلك أن المرأة إذا ولدت . فقال زوجها : ليس هذا الولد مِنِّي . أو قال : ليس هذا ولدي . فلا حدّ عليه ؛ لأنّ هذا ليس بقذف بظاهره ، لإحتمال أنّه^(٢) يريد أنّه من زوج آخر ، أو من وطئه بشبهة^(٣) ، أو غير ذلك ، ولكنه يُسأل ، فإن قال : زنت ، فولدت هذا من الزنى . فهذا قذف يثبت به اللعان ، وإن قال : أردت أنّه^(٤) لا يشبهنى خلقاً ولا خلقاً . فقالت : بل أردت قذفى . فالقول قوله ؛ لأنه أعلم بمراجه ، ولا^(٥) سيما إذا صرح بقوله : لم

(٢٢) فى م : د : دال . . والثبت حل أنه حال من السكوت .

(٢٣) فى الأصل ، ب : د : آخر . .

(١) سقط من : م .

(٢) فى ا ، ب : د : أن . .

(٣) فى الأصل ، ا : د : شبه . .

(٤) فى ا ، ب : م : د : أن . .

(٥) سقطت اللو من : ا ، ب ، م .

ثَرْنٍ . وإن قال : وَطِئْتُ بِشَيْئَةٍ ، وَالْوَلَدُ مِنَ الزَّوَاجِ . فلا حَدَّ عليه أيضا ؛ لأنَّه لم يَقْذِفْها ، ولا قَذَفَ وإِطْعَمَها . وإن قال : أَكْرَهْتُ عَلَى الزَّوْجِ . فلا حَدَّ أيضا ، لأنَّه لم يَقْذِفْها ، ولا لِعَانٍ في هذه المواضع ؛ لأنَّه لم يَقْذِفْها ، ومن / شَرِطَ اللَّعَانَ الْقَذْفَ ، وَيَلْحَقُهُ نَسَبُ الْوَلَدِ . وبهذا قال أبو حنيفة . وذكر القاضي أن^(٦) في هذه الصُّورَةِ الْآخِرَةِ^(٧) رواية أُخْرَى ، أَنَّ لَهُ اللَّعَانَ ؛ لأنَّه مُحْتَاجٌ إِلَى نَفْيِ الْوَلَدِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ : وَطِئْتُ بِشَيْئَةٍ . فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ نَفْيَ النَّسَبِ بِعَرَضِ الْوَلَدِ عَلَى الْقَافَةِ^(٨) ، فَيُسْتَفْنَى بِذَلِكَ عَنْ اللَّعَانِ ، فَلَا يُشْرَعُ ، كَمَا لَا يُشْرَعُ لِعَانَ أُمِّهِ ، لَمَّا أُمِّكْنَ نَفْيُ نَسَبِ وَلَدِهَا بِدَعْوَى الْاِسْتِبْرَاءِ . وهذا مذهب الشافعي . ولنا ، أَنَّ اللَّعَانَ إِنَّمَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ بَعْدَ الْقَذْفِ ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ﴾ . الْآيَةِ^(٩) . وَلَمَّا لَاعَنَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَ هِلَالٍ وَامْرَأَتِهِ كَانَ بَعْدَ قَذْفِهِ إِيَّاهَا^(١٠) ، وَكَذَلِكَ لَمَّا لَاعَنَ بَيْنَ عُوَيْمِرَ الْعَجَلَانِيِّ وَامْرَأَتِهِ كَانَ بَعْدَ قَذْفِهِ إِيَّاهَا^(١١) ، وَلَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ إِلَّا فِي مِثْلِهِ ، لِأَنَّ نَفْيَ اللَّعَانِ إِنَّمَا يَنْتَفِي بِهِ الْوَلَدُ بِتَمَامِهِ مِنْهَا ، وَلَا يَتَحَقَّقُ اللَّعَانُ مِنَ الْمَرْأَةِ هَهُنَا فَأَمَّا إِنْ قَالَ : وَطِئْتُ فَلَانَ بِشَيْئَةٍ ، وَأَنْتَ تَعْلِمِينَ الْحَالَ . فَقَدْ قَذَفَهَا ، وَلَهُ لِعَانُهَا ، وَنَفَى نَسَبَ وَلَدِهَا ، وَقَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ بِاللَّعَانِ . وَكَذَلِكَ قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ نَفْيُ نَسَبِهِ^(١٢) بِعَرَضِهِ عَلَى الْقَافَةِ^(٨) ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : وَاشْتَبَهَ عَلَيْكَ أَيْضًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ رَامَ لِرُزْجَتِهِ ، فَيَدْخُلُ فِي عَمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . وَلَأنَّه رَامَ لِرُزْجَتِهِ بِالزَّوْجِ ، فَمَلَكَ لِعَانَهَا وَنَفَى وَلَدَهَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : زَوَّيْتُ بَلْكَ فَلَانَ . وَمَا

(٦) سقط من : ب .

(٧) في ب : الأخرى .

(٨) في م : القاذفة .

(٩) سورة النور ٦ .

(١٠) تقدم تخريجه في : ٣٧٣/٥ .

(١١) تقدم تخريجه في : ٣٣٠/١٠ .

(١٢) في ب : نسب ولده .

ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ قَدْ لَا يُوجَدُ قَافَةٌ ، وَقَدْ لَا يَعْتَرِفُ الرَّجُلُ بِمَا تُسَبِّ إِلَيْهِ ، أَوْ يَغِيبُ ، أَوْ يَمُوتُ ، فَلَا يَتَنَقَّى الْوَلَدُ . وَإِنْ قَالَ : مَا وَلَدْتَهُ ^(١٣) وَإِنَّمَا التَّقَطُّعُ ^(١٤) أَوْ اسْتَعْرَتْهُ ^(١٥) . فَقَالَتْ : بَلْ هُوَ وَلَدِي مِنْكَ . لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَ الْمَرْأَةِ إِلَّا بَيِّنَةً . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْوِلَادَةَ يُمَكِّنُ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهَا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهَا ، فَلَمْ يَقْبَلْ دَعْوَاهَا مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ ، كَالَّذَيْنِ . قَالَ الْقَاضِي : وَكَذَلِكَ لَا يَقْبَلُ دَعْوَاهَا لِلْوِلَادَةِ ، فِيمَا إِذَا غَلَقَ طَلَاقَهَا بِهَا ، وَلَا دَعْوَى الْأُمَةِ لَهَا لِتَصْيِيرِهَا أُمَّ وَلَدٍ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهَا فِيهَا لِتَقْضَى عِدَّتُهَا بِهَا . فَعَلِيَ هَذَا لَا يَلْحَقُهُ الْوَلَدُ إِلَّا أَنْ تُقِيمَ بَيِّنَةٌ ، وَهِيَ امْرَأَةٌ مُرْضِيَّةٌ ، تُشْهَدُ بِوِلَادَتِهَا لَهُ ، فَإِذَا ثَبَّتَ وَلَا دُعَاهَا لَهُ ، لِحَقِّهِ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدٌ عَلَى فِرَاشِهِ ، وَالْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَرْأَةِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا يَجِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكُنَّ مَنْ مَّا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾ ^(١٦) . / وَتَحْرِيمُ كَيْفَمَانِهِ دَلِيلٌ عَلَى قَبُولِ قَوْلِهَا فِيهِ ، وَلَئِنَّهُ خَارِجٌ مِنَ الْمَرْأَةِ ، تَنْقَضِي بِهِ عِدَّتُهَا ، فَقَبِلَ قَوْلُهَا فِيهِ ، كَالْحَيْضِ ، ^(١٧) وَلَئِنَّهُ حُكْمٌ يَتَعَلَّقُ بِالْوِلَادَةِ ، فَقَبِلَ قَوْلُهَا فِيهِ ، كَالْحَيْضِ ^(١٨) . فَعَلِيَ هَذَا ، النَّسَبُ لِأَحَقِّ بِهِ ، فَهَلْ لَهُ نَفْيُهُ بِاللَّعَانِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ ؛ لِأَنَّ انْكَارَهُ لَوِلَادَتِهَا إِثْمًا ، إِقْرَارًا بِأَنَّهَا لَمْ تَلِدْهُ مِنْ زَنًى ، فَلَا يَقْبَلُ انْكَارُهُ لَذَلِكَ ، لِأَنَّهُ تَكْذِيبٌ لِنَفْسِهِ . وَالثَّانِي ، لَهُ نَفْيُهُ ؛ لِأَنَّهُ رَامَ لَزْوَجَتِهِ ، وَنَافٍ لَوَلَدِهَا ، فَكَانَ لَهُ نَفْيُهُ ^(١٩) بِاللَّعَانِ ، كغیره .

فصل : وَمَنْ وَلَدَتْ امْرَأَتُهُ وَلَدًا لَا يُمَكِّنُ كَوْنُهُ مِنْهُ فِي النِّكَاحِ ، لَمْ يَلْحَقْهُ نَسَبُهُ ، وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى نَفْيِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ ، فَلَمْ يَلْحَقْهُ ، كَمَا لَوْ أَكْتَبَ بِهِ عَقِيبَ نِكَاحِهِ هَا ، وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ ^(٢٠) تَزَوَّجَهَا ، فَلَا يَلْحَقُ بِهِ ، فِي قَوْلِ كُلِّ مَنْ

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « وَلَدْتِهِ » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « التَّقَطُّعُ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « اسْتَعْرَتْهُ » .

(١٦) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٢٨ .

(١٧-١٨) سَقِطٌ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « نَفْيًا » .

(١٩) فِي ب ، م : « مِنْ حِينَ » .

عَلِمْنَا قَوْلَهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لَأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّهَا عِلَقَتْ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا . وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ
 طِفْلاً لَهْ أَقْلٌ مِنْ عَشْرِ سِنِينَ ، فَأَتَتْ امْرَأَتَهُ بِوَلَدٍ ، لَمْ يَلْحَقْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا^(٢٠) يُوجَدُ وَلَدٌ لِحَيْثِهِ ،
 وَلَا يُمَكِّنُهُ الْوَطْءُ . وَإِنْ كَانَ لَهُ عَشْرٌ ، فَحَمَلَتْ امْرَأَتَهُ ، لَحِقَهُ وَلَدُهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :
 « وَاضْرِبُوهُمْ عَلَى الصَّلَاةِ لِعَشْرِ ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ^(٢١) » . وَقَالَ الْقَاضِي :
 يَلْحَقُ بِهِ ، إِذَا أَتَتْ بِهِ لِسِتْعَةِ أَعْوَامٍ وَنَصِيفِ عَامٍ مُدَّةِ الْحَمْلِ ؛ لِأَنَّ الْجَارِيَةَ يُوَلَّدُ هَا لِسِتْعِ ،
 فَكَذَلِكَ الْغُلَامُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَلْحَقُهُ حَتَّى يَبْلُغَ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الْمَاءِ ، وَلَا
 يَنْزِلُ حَتَّى يَبْلُغَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ زَمَنٌ يُمَكِّنُ الْبُلُوغَ فِيهِ ، فَيَلْحَقُهُ الْوَلَدُ ، كَالْبَالِغِ ، وَقَدْ رَوَى أَنَّ
 عَمْرُو بْنَ الْعَاصِي ، وَابْنَهُ عَبْدَ اللَّهِ ، لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا إِلَّا اثْنَا عَشَرَ عَامًا ، وَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ
 بِالْتَفْرِيقِ بَيْنَهُمَا ، ذَلِيلٌ عَلَى إِمْكَانِ الْوَطْءِ الَّذِي هُوَ سَبَبُ الْوَلَادَةِ ، وَأَمَّا قِيَاسُ الْغُلَامِ عَلَى
 الْجَارِيَةِ ، فَغَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّ الْجَارِيَةَ يُمَكِّنُ الْاسْتِمْتَاعُ بِهَا لِسِتْعِ عَادَةً ، وَالْغُلَامُ لَا يُمَكِّنُهُ
 الْاسْتِمْتَاعُ لِسِتْعِ ، وَقَدْ تَحِيضُ لِسِتْعِ ، وَمَا عَهِدْنَا^(٢٢) بِلُغْ غُلَامٍ لِسِتْعِ . وَلَوْ تَزَوَّجَ رَجُلٌ
 امْرَأَةً فِي مَجْلَسٍ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا فِيهِ قَبْلَ غَيْبَتِهِ عَنْهُمْ ، ثُمَّ أَتَتْ امْرَأَتَهُ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ
 الْعَقْدِ ، أَوْ تَزَوَّجَ مُشْرِقِي بَعْرِيَّةٍ ، ثُمَّ مَضَتْ مِئْتَةُ أَشْهُرٍ ، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ ، لَمْ يَلْحَقْهُ .
 وَبِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا يَلْحَقُهُ
 بِالْعَقْدِ ، وَمُدَّةُ الْحَمْلِ ، أَلَا تَرَى أَنَّكُمْ قُلْتُمْ : إِذَا مَضَى زَمَانُ الْإِمْكَانِ ، لَحِقَ الْوَلَدُ ، وَإِنْ
 عُلِمَ / أَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ مِنْهُ الْوَطْءُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ إِمْكَانُ الْوَطْءِ^(٢٣) فِي هَذَا^(٢٤) الْعَقْدِ ،
 فَلَمْ يَلْحَقْ بِهِ الْوَلَدُ ، كَزَوْجَةِ ابْنِ سَنَةَ ، أَوْ كَالْوَلَدِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، وَفَارَقَ مَا قَاسُوا
 عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْإِمْكَانَ إِذَا وَجَدَ لَمْ يُعْلَمَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ قَطْعًا ، لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ وَطْئَهَا مِنْ حَيْثُ
 لَا يُعْلَمُ ، وَلَا سَبِيلَ لَنَا إِلَى مَعْرِفَةِ حَقِيقَةِ الْوَطْءِ ، فَعَلَقْنَا الْحُكْمَ عَلَى إِمْكَانِهِ فِي النِّكَاحِ ، وَلَمْ

(٢٠) سقط من : م . ولى الأصل ، ب : م .

(٢١) تقدم ترجمته في : ٣٥/٢ .

(٢٢) في ١ ، ب : م ، د عهد .

(٢٣-٢٤) في م : د بهذا .

يَجُزُّ حَذْفُ الْإِمْكَانِ عَنِ الْإِغْتِبَارِ ، لِأَنَّهُ إِذَا انْتَفَى حَصَلَ الْبَقِيَّةُ بِانْتِفَائِهِ عَنْهُ ^(٢٤) ، فَلَمْ يَجُزَّ لِحَاقِهِ بِهِ مَعَ يَقِينِ كَوْنِهِ لَيْسَ مِنْهُ . وَإِنْ وَلَدَتْ امْرَأَةٌ مَقْطُوعَ الذِّكْرِ وَالْأُنْثَيْنِ ، لَمْ يَلْحَقْ نَسَبُهُ بِهِ . فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِيلُ مِنْهُ الْإِنْرَالُ وَالْإِبْلَاجُ . وَإِنْ قُطِعَتْ أَكْثِيَاةُ دُونَ ذِكْرِهِ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْزِلُ مَا يُخْلَقُ مِنْهُ الْوَلَدُ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَلْحَقُهُ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّهُ يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْإِبْلَاجُ ، وَيَنْزِلُ مَاءً رَقِيقًا . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا لَا يُخْلَقُ ^(٢٥) مِنْهُ وَلَدٌ عَادَةً ، وَلَا وَجَدَ ذَلِكَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قُطِعَ ذِكْرُهُ مَعَهُمَا ، وَلَا اعْتِبَارَ بِإِبْلَاجٍ لَا يُخْلَقُ مِنْهُ الْوَلَدُ ، كَمَا لَوْ أُؤْلِجَ إصْبَعُهُ . وَأَمَّا قَطْعُ ذِكْرِهِ وَخَذُهُ ، فَإِنَّهُ يَلْحَقُهُ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يُسَاجِقَ ، فَيُنْزِلَ مَاءً يُخْلَقُ مِنْهُ الْوَلَدُ . وَالْأَصْحَابُ الشَّافِعِيُّ اخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ ، عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ عِنْدَنَا . قَالَ ابْنُ اللَّيْثِ : لَا يَلْحَقُهُ الْوَلَدُ فِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ . ^(٢٦) فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ ^(٢٧) . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَلْحَقُهُ بِالْفِرَاشِ . وَهُوَ غَلَطٌ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا يَلْحَقُ بِالْفِرَاشِ إِذَا أُمَكِّنَ ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا إِذَا وَلَدَتْ بَعْدَ شَهْرٍ مِنْذُ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَلْحَقْهُ ، وَهُنَا لَا يُمَكِّنُ ؛ لِفَقْدِ الْمَنِيِّ مِنَ الْمَسْئُولِ ، وَتَعَذُّرِ إِبْصَالِ الْمَنِيِّ إِلَى قَعْرِ الرَّجِمِ مِنَ الْمَجْبُوبِ . وَلَا مَعْنَى لِقَوْلِ مَنْ قَالَ : يَجُوزُ أَنْ تَسْتَدْخِلَ الْمَرْأَةُ مَنِيَّ الرَّجُلِ ، فَتَحْمِلَ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ مَخْلُوقٌ مِنْ مَنِيِّ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ جَمِيعًا ، وَلِذَلِكَ يَأْخُذُ الشُّبُهَةَ مِنْهُمَا ، وَإِذَا اسْتَدْخَلَتْ الْمَنِيَّ بِغَيْرِ جَمَاعٍ ، لَمْ تَحْدُثْ لَهَا لَذَّةٌ تُمْنِي بِهَا ، فَلَا يَحْتَلِطُ نَسَبُهُمَا ^(٢٨) ، وَلَوْ صَحَّ ذَلِكَ ، لَكَانَ الْأَجْنَبِيَّانِ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ إِذَا تَصَادَقَا أَنَّهَا اسْتَدْخَلَتْ مَنِيَّهُ ، وَأَنَّ الْوَلَدَ مِنْ ذَلِكَ الْمَنِيِّ ، يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ، وَمَا قَالَ ذَلِكَ أَحَدٌ .

فصل : وَإِنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ ^(٢٩) ، فَوَضَعَتْ وَلَدًا ، ثُمَّ وَلَدَتْ آخَرَ قَبْلَ مُضِيِّ

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) في أ : يُلْحَقُ . م : يُلْحَقُ .

(٢٦-٢٧) سقط من : ب .

(٢٧) في أ ، ب ، م : مِنْهُمَا .

(٢٨) في الأصل : حَالِضٌ .

سِتَّةَ أَشْهُرٍ ، فهو^(٢٩) من الزَّوْجِ^(٣٠) ؛ لَأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّهُمَا حَمَلٌ وَاحِدٌ ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا منه ، فَالْآخَرُ منه . وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا أَكْثَرُ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، لَمْ يَلْحَقِ الزَّوْجُ ، وَاتَّقَى عَنْهُ مِنْ غَيْرِ / لِإِعَانٍ ؛ لَأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ الْوِلْدَانُ حَمَلًا وَاحِدًا وَبَيْنَهُمَا مُدَّةُ الْحَمْلِ ، فَعِلِمُ أَنَّهَا عِلَقَتْ بِهِ بَعْدَ زَوَالِ الزَّوْجِيَّةِ ، وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، وَكَوْنُهَا أَجْنَبِيَّةٌ ، فَهِيَ كَسَائِرِ الْأَجْنَبِيَّاتِ . وَإِنْ طَلَّقَهَا ، فَاعْتَدَتْ بِالْأَفْرَاءِ ، ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدًا قَبْلَ مُضِيِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ آخِرِ أَفْرَائِهَا ، لِحَقِّهِ ؛ لَأَنَّا نَبْقِئُ أَنَّهَا لَمْ تُحْمِلْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، وَنَعْلَمُ أَنَّهَا كَانَتْ حَامِلًا بِهِ^(٣١) فِي زَمَنِ رُؤْيَا الدَّمِّ ، فَيَلْزَمُ أَنْ لَا يَكُونَ الدَّمُّ حَيْضًا ، فَلَمْ تَنْقُضِ عِدَّتِهَا بِهِ . وَإِنْ أَثَبَّ بِهِ لَأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْحَقْ بِالزَّوْجِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي الْعَبَّاسِ بْنِ سُرَيْجٍ . وَقَالَ غَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَلْحَقُ بِهِ ؛ لَأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، وَالْوَلَدُ يَلْحَقُ بِالْإِمْكَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا أَثَبَّتْ بِهِ بَعْدَ الْحُكْمِ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فِي وَقْتٍ يُمَكِّنُ أَنْ لَا يَكُونَ مِنْهُ ، فَلَمْ يَلْحَقْهُ ، كَمَا لَوْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ الْإِمْكَانُ مَعَ بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ الْعِدَّةِ ، وَأَمَّا بَعْدَهُمَا ، فَلَا يُكْتَفَى بِالْإِمْكَانِ لِلْحَاقِ ، وَإِنَّمَا يُكْتَفَى بِالْإِمْكَانِ لِتَقْيِهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْفِرَاشَ سَبَبٌ ، وَمَعَ وُجُودِ السَّبَبِ يُكْتَفَى بِالْإِمْكَانِ الْحُكْمَ وَاحْتِمَالِهَا ، فَإِذَا انْقَضَى السَّبَبُ وَأَنَارَهُ ، فَيَنْتَفِي الْحُكْمُ لِانْتِفَائِهِ ، وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى مُجَرِّدِ الْإِمْكَانِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . فَأَمَّا إِنْ وَضَعَتْهُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لأَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ ، لَحَقَّ بِالزَّوْجِ ، وَلَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ إِلَّا بِاللَّعَانِ . وَإِنْ وَضَعَتْهُ لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ حِينِ الطَّلَاقِ ، وَكَانَ بَائِنًا ، انْتَفَى عَنْهُ بِغَيْرِ لِعَانٍ ؛ لَأَنَّا عَلِمْنَا أَنَّهَا عِلَقَتْ بِهِ بَعْدَ زَوَالِ الْفِرَاشِ . وَإِنْ كَانَ زَجْعِيًّا ، فَوَضَعَتْهُ لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْذُ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، فَكَذَلِكَ ؛ لَأَنَّهَا عِلَقَتْ بِهِ بَعْدَ التَّيْتُونَةِ . وَإِنْ وَضَعَتْهُ لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْذُ الطَّلَاقِ ، وَلَاقِلَّ مِنْهَا مِنْذُ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَلْحَقُهُ ؛ لَأَنَّهَا لَمْ تَعْلُقْ بِهِ قَبْلَ طَلَاقِهَا ، فَأُشْبِهَتْ

(٢٩) لى م : ١ فهم .

(٣٠) لى ب نهاده : د لى قول الجمهور .

(٣١) سقط من : ١ .

البائن . والثانية ، يُلْحَقُهُ ، لأنها في حُكْمِ الزَّوْجَاتِ فِي السُّكْنَى وَالتَّقَةِ وَالطَّلَاقِ وَالظَّهَارِ
وَالْإِلَاءِ وَالْحَلِّ ، في رواية ، فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَ الطَّلَاقِ .

فصل : فَإِنْ غَابَ عَنْ زَوْجَتِهِ سَنِينَ ، قَبْلَعَتَهَا وَفَاتَهُ ، فَاغْتَدَتْ ، وَنَكَحَتْ نِكَاحًا
صَحِيحًا فِي الظَّاهِرِ ، وَدَخَلَ بِهَا الثَّانِي ، وَأَوْلَدَهَا أَوْلَادًا ، ثُمَّ قَدِمَ الْأَوَّلُ ، فَسُيِّحَ نِكَاحُ
الثَّانِي ، وَرُدَّتْ إِلَى الْأَوَّلِ ، وَتَعْتَدُ مِنَ الثَّانِي ، وَلَهَا عَلَيْهِ صَدَاقٌ مِثْلُهَا ، وَالْأَوْلَادُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُمْ
وُلِدُوا عَلَى فِرَاشِهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَأَهْلِ
الْعِرَاقِ / ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَمَالِكٍ ، وَأَهْلِ الْحِجَازِ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي
يُوسُفَ ، وَغَيْرِهِمْ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَبَا حَنِيفَةَ ، قَالَ : الْوَلَدُ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ
الْفِرَاشِ ، لِأَنَّ نِكَاحَهُ صَحِيحٌ ثَابِتٌ ، وَنِكَاحُ الثَّانِي غَيْرُ ثَابِتٍ ، فَأَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ . وَلَنَا ،
أَنَّ الثَّانِيَّ انْفَرَدَ بِوَطْئِهَا فِي نِكَاحٍ يُلْحَقُ النَّسَبُ فِي مِثْلِهِ ، فَكَانَ الْوَلَدُ لَهُ دُونَ غَيْرِهِ ، كَوَلَدِ
الْأُمَةِ مِنْ زَوْجِهَا يُلْحَقُهُ دُونَ سَيِّدِهَا ، وَفَارَقَ الْأَجْنَبِيَّ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ نِكَاحٌ .

فصل : وَإِنْ وَطِئَ رَجُلٌ امْرَأَةً لَا زَوْجَ لَهَا بِشَبْهَةٍ ، فَأُثِّتَ بِوَلَدٍ ، لَحِقَهُ نَسَبُهُ . وَهَذَا
قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ الْقَاضِي : وَجَدْتُ بِحُطِّ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّهُ لَا يُلْحَقُ بِهِ ؛
لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يُلْحَقُ إِلَّا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، أَوْ فَاسِدٍ ، أَوْ مِلْكٍ يَمِينٍ ^(٣٢) ، أَوْ شَبْهَةٍ
مِلْكٍ ، وَلَمْ يَوْجَدْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ وَطْءٌ لَا يَسْتَنِدُ إِلَى عَقْدٍ ، فَلَمْ يُلْحَقِ الْوَلَدُ فِيهِ
بِالْوَطْءِ ، كَالزَّوْنِيِّ . وَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ الْأَوَّلِ . قَالَ أَحْمَدُ : كُلُّ مَنْ ذَرَأَتْ عَنْهُ الْحَدُّ
الْحَقِّقُ بِهِ الْوَلَدَ . وَلِأَنَّهُ وَطْءٌ اعْتَقَدَ الْوَاطِئُ حِلَّهُ ، فَلَحِقَ بِهِ النَّسَبُ ، كَالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ
الْفَاسِدِ . وَفَارَقَ وَطْءَ الزَّوْنِيِّ ، فَإِنَّهُ لَا يَتَعَقَّدُ الْحِلَّ فِيهِ . وَلَوْ زَوَّجَ رَجُلَانِ أُخْتَيْنِ ، فَعُلِطَ
بِهِمَا عِنْدَ الدُّخُولِ ، فَرُفَّتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى زَوْجٍ أُخْرَى ، فَوَطِئَهَا ، وَحَمَلَتْ مِنْهُ ،
لَحِقَ الْوَلَدُ بِالوَاطِئِ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ يَتَعَقَّدُ حِلَّهُ ، فَلَحِقَ بِهِ النَّسَبُ ، كَالْوَطْءِ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ .

(٣٢) سقط من : ا ، ب ، م .

وقال أبو بكر: لا يكون الولد للواطئ، وإنما يكون للزوج. وهذا الذي يقتضيه مذهب
أبي حنيفة، لأن الولد للفراش. ولنا، أن الواطئ انفرَدَ بوطئها فيما يلحق به النسب،
فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج، وكأ لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان
حيًا، والخبر مخصوص بهذا، فتقيس عليه ما كان في معناه. وإن (٣٣) وطئت امرأته أو أمته
بشبهة في طهر لم يصيبها فيه، فاعتزلها حتى أتت بولد لسيئة أشهر من حين الوطء، لحق
الواطئ، وانتهى عن الزوج من غير لعان، وعلى قول (٣٤) أبي بكر (٣٥)، وأبي حنيفة:
يلحق بالزوج (٣٦)؛ لأن الولد للفراش. وإن أنكر الواطئ الوطء، فالقول قوله بغير
يمين، ويلحق نسب الولد بالزوج؛ لأنه لا يمكن إلحاقه بالمكبر، ولا تُقبل
دعوى الزوج في قطع نسب الولد. وإن أتت بالولد لدون ستة أشهر / من حين الوطء ١١٩/٨
لحق الزوج بكل حال؛ لأننا نعلم أنه ليس من الواطئ. وإن اشتركا في وطئها في طهر،
فأنت بولد يمكن أن يكون منهما، لحق الزوج (٣٦)؛ لأن الولد للفراش، وقد أمكن كونه
منه (٣٧). وإن ادعى الزوج أنه من الواطئ. فقال بعض أصحابنا: يُعرض على القافة
معهما فيلحق بمن ألحقته به منهما، فإن ألحقته بالواطئ لحقه، ولم يملك نفيه عن
نفسه، وانتهى عن الزوج بغير لعان، وإن ألحقته بالزوج لحقه، ولم يملك نفيه باللعان
في أصح الروايتين. والأخرى، له ذلك. وإن ألحقته (٣٨) بهما، لحق بهما، ولم يملك
الواطئ نفيه عن نفسه. وهل يملك الزوج نفيه باللعان؟ على روايتين. وإن لم توجد
قافة، أو أنكر الواطئ الوطء، أو اشتبه على القافة، لحق الزوج؛ لأن مقتضى
إلحاق النسب به متحقق، ولم يوجد ما يعارضه، فوجب إثبات حكمه. ويحتمل أن

(٣٣) سقط من: م.

(٣٤-٣٥) سقط من: ب.

(٣٥) في ب، م: الزوج.

(٣٦) في الهادة: بكل حال.

(٣٧) سقط من: الأصل.

(٣٨) في أ، م: ألحقه.

يَلْحَقُ الزَّوْجُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لَأَنَّ دَلَالََةَ قَوْلِ الْقَافَةِ ضَعِيفَةٌ ، ودلالة الفِرَاشِ قَوِيَّةٌ ، فلا يجوزُ تَرْكُ دَلَالَتِهِ لِمُعَارَضَةِ دَلَالَةِ ضَعِيفَةٍ .

فصل : وإن^(٣٩) أُنْتُ امْرَأَتُهُ^(٤٠) بوليد ، فادَّعى أَنَّهُ من زَوْجِ قَبْلِهِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، لم يَلْحَقْ بِالأَوَّلِ بِحَالٍ ، وإن كان^(٤١) بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْذُ بَاءَتْ مِنَ الأَوَّلِ ، لم يَلْحَقْ بِهِ أَيْضًا ، وإن وَضَعَتْهُ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ تَزَوَّجَهَا الثَّانِي ، لم يَلْحَقْ بِهِ ، وَيَنْتَفِي عَنِهَا ، وإن كانَ لأَكْثَرٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فهو وَلَدُهُ ، وإن كانَ لأَكْثَرٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ تَزَوَّجَهَا الثَّانِي ، ولأَقْلٍ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ طَلَاقِ الأَوَّلِ ، ولم يَعْلَمْ انْقِضَاءُ الْعِدَّةِ ، غُرِضَ عَلَى الْقَافَةِ ، وَلَحِقَ^(٤٢) بِمَنْ أَلْحَقَتْهُ بِهِ مِنْهَا ، فَإِنْ أَلْحَقَتْهُ بِالأَوَّلِ ، انْتَفَى عَنِ الزَّوْجِ بِغَيْرِ لِعَانٍ ، وإن أَلْحَقَتْهُ بِالزَّوْجِ انْتَفَى عَنِ الأَوَّلِ وَلَحِقَ الزَّوْجُ . وهل لَهُ نَفْيُهُ بِاللِّعَانِ ؟ عَلَى رَايَتَيْنِ .

١٣٣٥ - مسألة : قال : (واللَّعَانُ الَّذِي يَسْرَأُ بِهِ مِنَ الْحَدِّ أَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ بِمَخْضَرٍ مِنَ الْحَاكِمِ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ لَقَدْ رَأَيْتُ . وَيُشِيرُ إِلَيْهَا . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً سَمَّاها^(١)) ، وَنَسَبَهَا ، حَتَّى يُكْمَلَ ذَلِكَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ ، ثُمَّ يُوقَفُ عِنْدَ الْحَامِسَةِ ، وَيُقَالُ لَهُ : أَيُّ اللَّهِ ، فَإِذَا أَلْمُوجِبَةُ ، وَعَذَابُ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الآخِرَةِ . فَإِنْ أَمَى إِلَّا أَنْ يُنِمَّ ، فَلْيَقُلْ : وَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ الزُّكْرِ . وَتَقُولُ هِيَ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ لَقَدْ كَذَبَ . / أَرْبَعَ مَرَّاتٍ ، ثُمَّ تُوقَفُ عِنْدَ الْحَامِسَةِ ، وَتُخَوَّفُ كَمَا خَوَّفَ الرَّجُلُ ، فَإِنْ أَبَتْ إِلَّا أَنْ يُنِمَّ ، فَلْتَقُلْ : وَغَضَبُ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ

ط ١١٩/٨

(٣٩) في ١ : وإذا .

(٤٠) سقط من : م .

(٤١) في ١ : كانت .

(٤٢) في ١ ، ب ، م : ألق .

(١) في الأصل : أسماها .

كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا زَمَانِي^(٢) بِهِ مِنَ الزُّنَى .

في هذه المسألة مسألتان :

إحدهما : أَنَّ اللَّعَانَ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِمَحْضَرٍ مِنَ الْحَاكِمِ ، أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ . وهذا مذهبُ الشافعي ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ هِلَالَ بْنَ أُمَيَّةَ أَنْ يَسْتَدْعِيَ زَوْجَتَهُ إِلَيْهِ ، وَلَا عَنَ بَيْنَهُمَا^(٣) . وَلَئِنَّهُ إِمَّا يَمِينٌ ، وَإِمَّا شَهَادَةٌ ، وَأَيُّهُمَا كَانَ ، فَمِنْ شَرْطِهِ الْحَاكِمُ . وَإِنْ تَرَاخَى الزَّوْجَانِ بِغَيْرِ الْحَاكِمِ يُلَاعِنُ بَيْنَهُمَا ، لَمْ يَصِحَّ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ مَبْنِيَّ عَلَى التَّغْلِيظِ وَالتَّكْيِيدِ ، فَلَمْ يَجْزُ بِغَيْرِ الْحَاكِمِ ، كَالْحَدِّ . وَسَوَاءٌ كَانَ الزَّوْجَانِ حُرَّيْنِ أَوْ مَمْلُوكَيْنِ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ الْجَرَقِيِّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لِلسَّيِّدِ أَنْ يُلَاعِنَ بَيْنَ عَبْدِهِ وَأَمَتِهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ إِقَامَةَ الْحَدِّ عَلَيْهِمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ لِعَانَ بَيْنَ زَوْجَيْنِ ، فَلَمْ يَجْزُ لغيرِ الْحَاكِمِ أَوْ نَائِبِهِ ، كَاللَّعَانِ بَيْنَ الْحُرَّيْنِ . وَلَا تُسَلَّمُ أَنَّ السَّيِّدَ يَمْلِكُ إِقَامَةَ الْحَدِّ عَلَى أَمَتِهِ الْمُزَوَّجَةِ ، ثُمَّ لَا يُشْبِهُ اللَّعَانُ الْحَدَّ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ زَجْرٌ وَتَأْدِيبٌ ، وَاللَّعَانُ إِمَّا شَهَادَةٌ وَإِمَّا يَمِينٌ ، فَافْتَرَقَا ، وَلِأَنَّ اللَّعَانَ دَارِيٌّ لِلْحَدِّ ، وَمُوجِبٌ لَهُ ، فَجَرَى مَجْرَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى الزُّنَى وَالْحُكْمِ بِهِ أَوْ بِنَفْسِهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ خَفِيرَةً لَا تَبْرُزُ لِحَوَائِجِهَا ، بَعَثَ الْحَاكِمُ نَائِبَهُ ، وَبَعَثَ مَعَهُ عُذُولًا ، لِيُلَاعِنُوا بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ بَعَثَ نَائِبَهُ وَحْدَهُ جَازَ ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ غَيْرُ وَاجِبٍ .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكُونَ اللَّعَانُ بِمَحْضَرِ جَمَاعَةٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ وَابْنَ عُمَرَ وَسَهْلَ بْنَ سَعْدٍ حَضَرُوهُ مَعَ حَدَاثَةِ أَسْنَانِهِمْ ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ حَضَرَهُ جَمْعٌ كَثِيرٌ ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّانِ إِذَا يَحْضُرُونَ الْمَجَالِسَ قِيَمًا لِلرِّجَالِ ، وَلِأَنَّ اللَّعَانَ بُنِيَ عَلَى التَّغْلِيظِ ، مُبَالَغَةً فِي الرُّذُخِ بِهِ^(٤) وَالزُّجْرِ ، وَفِعْلُهُ فِي الْجَمَاعَةِ أَهْلُغٌ فِي^(٥) ذَلِكَ . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يَنْقُصُوا عَنْ أَرْبَعَةٍ ، لِأَنَّ بَيِّنَةَ الزُّنَى الَّتِي شَرَعَ اللَّعَانُ مِنْ أَجْلِ الزُّمِيِّ بِهِ أَرْبَعَةٌ ، وَلَيْسَ

(٢) في م : ١ : رهاها .

(٣) تقدم تحريجه في : ٣٧٣/٨ .

(٤) سقط من : ب .

(٥) في ب : ١ : من .

شيء من هذا واجباً . يُسْتَحَبُّ أَنْ يَتَلَاعَنَا قِيَامًا ، فَيَبْدَأُ الزَّوْجُ فَيَلْتَعِنُ وَهُوَ قَائِمٌ ، فَإِذَا فَرَغَ قَامَتِ الْمَرْأَةُ فَالْتَعَنَتْ وَهِيَ قَائِمَةٌ ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ لِهَلَالِ بْنِ أُمَيَّةَ : « قُمْ فَاشْهَدْ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ »^(٦) . ولأنه إذا قام شاهدته الناس ، فكان أبلغ في^(٧) شهرته ، فاستحب ككثرة^(٨) الجمع ، وليس ذلك واجباً . وبهذا كله / قال أبو حنيفة ،^(٩) والشافعي ، ولا أعلم فيه مخالفاً .

فصل : قال القاضي : ولا يُسْتَحَبُّ التَّغْلِيظُ فِي اللَّعَانِ بِمَكَانٍ وَلَا زَمَانٍ . وبهذا قال أبو حنيفة ؛ لأن الله تعالى أطلق الأمر بذلك ، ولم يُقَيِّده بزمانٍ ولا مكانٍ ، فلا يجوز تقييده إلا بدليل ، ولأن النبي ﷺ أمر الرجل بإحضار امرأته ، ولم يخصه بزمن ، ولو خصه بذلك لثقل ولم يهمل . وقال أبو الخطاب : يُسْتَحَبُّ أَنْ يَتَلَاعَنَا فِي الْأَزْمَانِ وَالْمَكَانِ الَّتِي تُعْظَمُ . وهذا مذهب الشافعي ، إلا أن عنده في التَّغْلِيظِ بِالْمَكَانِ قَوْلَيْنِ ؛ أحدهما ، أن التَّغْلِيظَ بِهِ مُسْتَحَبٌّ كَالزَّمَانِ . والثاني ، أنه واجب ؛ لأن النبي ﷺ لَا عَنَ بَيْنَهُمَا^(١٠) عند الجنير ، فكان فعله بياناً للعَانِ . ومعنى التَّغْلِيظِ بِالْمَكَانِ ، أنهما إذا كانا بِمَكَّةَ لَا عَنَ بَيْنَهُمَا بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ ، فَإِنَّهُ أَشْرَفُ الْبِقَاعِ ، وَإِنْ كَانَا بِالْمَدِينَةِ^(١١) فعند منبر رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَفِي تَيْبِ الْمَقْدِسِ عِنْدَ الصُّخْرَةِ ، وَفِي سَائِرِ الْبُلْدَانِ فِي جَوَامِعِهَا . وَأَمَّا الزَّمَانُ فَيَعْدُ الْعَصْرُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيفْصِمَاِنْ بِأَلَدِهِ ﴾^(١٢) . وَأَجْمَعَ الْمُفَسِّرُونَ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِالصَّلَاةِ صَلَاةَ الْعَصْرِ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ^(١٣) : أَوْ بَيْنَ^(١٤) الْأَذَانَيْنِ ؛ لِأَنَّ الدُّعَاءَ بَيْنَهُمَا لَا يُرَدُّ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ،

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣/٨ .

(٧) في ١ ، ب : ١ من ٤ .

(٨) في م : ١ : كِتَابُ ٤ .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في ب ، م : ١ : في المدينة ٤ .

(١١) سورة المائدة ٦-١٠ .

(١٢) في ب : ١ : وَبَيْنَ ٤ .

ولو^(١٣) اسْتَحَبَّ ذَلِكَ لَفَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلَوْ فَعَلَهُ لَنَقِلَ ، وَلَمْ يَسْعَ^(١٤) تَرْكُهُ^(١٥) وإيماله . وَأَمَّا قَوْلُهُمْ : إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَا عَنَ بَيْنَهُمَا عِنْدَ الْخِيَرِ . فَلَيْسَ هَذَا فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَحَادِيثِ الْمَشْهُورَةِ . وَإِنْ ثَبَتَ هَذَا ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ^(١٦) كَانَ بِحُكْمِ الْأَثْفَاقِ ؛ لِأَنَّ مَجْلِسَهُ كَانَ عِنْدَهُ ، فَلَا عَنَ بَيْنَهُمَا فِي مَجْلِسِهِ . وَإِنْ كَانَ اللَّعَانُ بَيْنَ كَافِرَيْنِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِي اللَّعَانِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْلَظَ بِالْمَكَانِ^(١٧) ؛ لِقَوْلِهِ فِي الْأَيْمَانِ : وَإِنْ كَانَ لَهُمْ مَوَاضِعُ يُعْظَمُونَهَا ، وَيَتَّقُونَ^(١٨) أَنْ يَخْلِفُوا فِيهَا كَاذِبِينَ ، حَلَفُوا فِيهَا . فَعَلَى هَذَا ، يُبَلَّغُ بَيْنَهُمَا فِي مَوَاضِعِهِمُ النَّسِي^(١٩) يُعْظَمُونَهَا ؛ النَّصْرَانِيُّ فِي الْكَنِيسَةِ ، وَالْيَهُودِيُّ فِي الْبَيْعَةِ ، وَالْمَجُوسِيُّ فِي بَيْتِ النَّارِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ مَوَاضِعُ يُعْظَمُونَهَا ، حَلَفَهُمُ الْحَاكِمُ فِي مَجْلِسِهِ ؛ لِتَعَذُّرِ التَّعْلِيلِ بِالْمَكَانِ . وَإِنْ كَانَتِ الْمُسْلِمَةُ حَائِضًا ، وَقُلْنَا : إِنْ اللَّعَانُ بَيْنَهُمَا يَكُونُ فِي الْمَسْجِدِ . وَقَفَّتْ عَلَى بَابِهِ ، وَلَمْ تَدْخُلْهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَقْرَبُ الْمَوَاضِعِ / إِلَيْهِ .

المسألة الثانية : فِي أَلْفَاظِ اللَّعَانِ وَصِفَتِهِ ، أَمَّا أَلْفَاظُهُ فَهِيَ حَمْسَةٌ فِي حَقِّ^(٢٠) كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَصِفَتُهُ أَنْ الْإِمَامَ يَتَدَأُ بِالزَّوْجِ ، فَيَقِيْمُهُ ، وَيَقُولُ لَهُ : قُلْ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنِّي لِمَنْ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ زَوْجَتِي هَذِهِ مِنَ الزُّكْرِ . وَيُشِيرُ إِلَيْهَا إِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً ، وَلَا يَحْتَاجُ مَعَ الْحُضُورِ وَالْإِشَارَةِ إِلَى^(٢١) نِسْبَةٍ وَتَسْمِيَةٍ^(٢٢) ، كَمَا لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ

(١٣) فِي أ ، ب : ذ : فُلُو .

(١٤) فِي أ ، ب ، م : نَادَا : ذ : لَهُ .

(١٥) سَقَطَ مِنْ م : .

(١٦) فِي م : ذ : إِذَا .

(١٧) فِي م : ذ : فِي الْمَكَانِ .

(١٨) فِي م : ذ : وَيَتَّقُونَ .

(١٩) فِي م : ذ : اللَّاتِي .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٢١-٢٢) فِي م : ذ : نَسَبًا وَتَسْمِيَةً .

في سائر العُقود ، وإن كانت غالبية أَسْمَهاا وَسَبَّها ، فقال : امرأتى فلانة بنت فلان^(٢٢) . ويرْفَعُ في نُسبها حتى تُنْتَفَى^(٢٣) المشاركةَ بينها وبين غيرها . فإذا شَهِدَ أربعَ مراتٍ ، وقَفَّه الحَاكِمُ ، وقال له : اتَّقِ اللهَ ، فإنَّها المُوَجِّبةُ ، وعذابُ^(٢٤) الدُّنْيَا أَهْوَنُ من عذابِ الآخرةِ ، وكلُّ شيءٍ أَهْوَنُ من لَعْنَةِ اللهِ . ويأْمُرُ رَجُلًا فيضَعُ يَدَه على فيه ، حتى لا يُبادِرَ بالخامسةِ قبل المؤعْظَةِ ، ثم يأْمُرُ الرجلَ ، فيرْسِلُ يَدَه عن فيه ، فإن رآه يَمْضِي في ذلك ، قال له : قُلْ : وَأَنْ لَعْنَةُ اللهِ عَلَيَّ إِنْ كُنْتُ مِنَ الكاذِبِينَ فيما رَمَيْتُ به زَوْجَتِي هذه من الزُّمَى . ثم يأْمُرُ المرأةَ بالقيام ، ويقولُ لها : قُولِي : أَشْهَدُ باللهِ أَنْ زَوْجِي هذا من الكاذِبِينَ فيما رَمَانِي به من الزُّمَى . وتُشِيرُ إليه ، وإن كان غائِبًا أَسْمَنَهُ وَسَبَّته ، فإذا كَرَّرْتَ ذلك أربعَ مراتٍ ، وقَفَّها ، وَعَظَّها كما ذكرنا في حَقِّ الزُّوْجِ ، ويأْمُرُ امرأةً فتَضَعُ يَدَها على فيها ، فإن رآها تَمْضِي على ذلك ، قال لها : قُولِي : وَأَنْ غَضِبَ اللهُ عَلَيَّ إِنْ كان زَوْجِي هذا من الصَادِقِينَ فيما رَمَانِي به من الزُّمَى . قال إسحاقُ بن منصورٍ : قلتُ لأحمدَ : كيف يُلَاعَنُ ؟ قال : على ما في كتابِ اللهِ تعالى ، يقولُ أربعَ مراتٍ : أَشْهَدُ باللهِ أَنِّي فيما رَمَيْتُها به من الصَادِقِينَ . ثم يُوقِفُ عندَ الخامسةِ ، فيقولُ : لَعْنَةُ اللهِ عليه إِنْ كان من الكاذِبِينَ . والمرأةُ مثلُ ذلك ، تُوقِفُ عندَ الخامسةِ ، فيقالُ لها اتَّقِ اللهَ ، فإنَّها المُوَجِّبةُ ، تُوجِبُ عليك العَذابَ . فإن حَلَفْتَ ، قالت : غَضِبَ اللهُ عليها إِنْ كان من الصَادِقِينَ . وعددُ هذه الألفاظِ الخمسةِ شَرْطٌ في اللعانِ ، فإن أَحَلَّ بواحدةٍ منها ، لم يَصِحَّ ، على ما ذكرناه فيما مَضَى ، وإن أَبْدَلَ لفظًا منها ، فظاهرُ كلامِ الحَرَقِيِّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُبَدِّلَ قولَه : إِنِّي لمن الصَادِقِينَ . بقوله : لقد زُنْتُ . لأنَّ معناهما واحدٌ ، ويجوزُ لها إِبْدالُ : إِنَّهُ لمن الكاذِبِينَ . بِقولها : لقد كَذَبَ . لأنَّهُ ذَكَرَ صِغَةَ اللَّعَانِ كذلك . / وَاتِّبَاعُ لَفْظِ النِّصْرِ أَوَّلِي وأَحْسَنُ . وإن أَبْدَلَ لَفْظَ^(٢٥) : « أَشْهَدُ » بلفظٍ من أَلْفاظِ الِيجِينَ ، فقال : أَخْلِفُ

١٢١/٨ و

(٢٢) في الزيادة : ابن فلان .

(٢٣) في م : يَنْفَى .

(٢٤) سقطت الواو من م .

(٢٥) في ب ، م : لَفْظَةٌ .

أو أُنْقِصَ أو أُؤْلَى . لم يُعْتَدَ به . وقال أبو الخطَّاب : فيه وجه آخر ، أنه يُعْتَدُ به ؛ لأنه أتى بالمعنى ، فأشبه ما لو أبدل : إني لمن الصادقين . بقوله : لقد زنت . وللشافعي وجهان في هذا . والصحيح أنه لا يصح ؛ لأن ما اعتُبر فيه لفظ الشهادة ، لم يُعْمَ غيره مقامه ، كالشهادات في الحقوق ، ولأن اللعان يُقصد فيه التعليل ، واعتبار لفظ الشهادات أبلغ في التعليل ، فلم يُجز تركه ، ولهذا لم يُجز أن يُقَسِمَ بالله من غير كلمة تقوم مقام أشهد . والثاني ، يُعْتَدُ به ؛ لأنه أتى بالمعنى ، أشبه ما قبله . وللشافعي وجهان كهذين . وإن أبدل لفظة اللعنة بالإبعاد ، لم يُجز ؛ لأن لفظ اللعنة أبلغ في الزجر وأشد في أنفس الناس ، ولأنه عدل عن المتخصص . وقيل : يجوز ؛ لأن معناها واحد . وإن أبدلت المرأة لفظة الغضب باللعنة ، لم يُجز ؛ لأن الغضب أغلظ ، ولهذا أخصت المرأة به ؛ لأن المرأة^(٢٦) المعيرة^(٢٧) بزناها أقيح ، وإثمها بفعل الزنى أعظم من إثمه بالقذف^(٢٨) . وإن أبدلتها بالسخط ، خرَّج على الوجهين^(٢٩) فيما إذا أبدل الرجل لفظ^(٣٠) اللعنة بالإبعاد . وإن أبدل الرجل لفظ^(٣١) اللعنة بالغضب ، احتمل أن يجوز ؛ لأنه أبلغ ، واحتمل أن لا يجوز ؛ لخالفته^(٣٢) المنصوص . قال الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة^(٣٣) رحمه الله تعالى : من الفقهاء من اشترط أن يزداد بعد قوله : من الصادقين : فيما رميتها به من الزنى . واشترط في نفيها عن نفسها : فيما رآني به من الزنى . ولا أراه يحتاج إليه ؛ لأن الله سبحانه أنزل ذلك وبينه ، ولم يذكر هذا الاشتراط . وأما موعظة الإمام

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) ق : م : للقذف .

(٢٩) ق ١ : م : وجهين .

(٣٠) ق ب ، م : لفظ .

(٣١) ق : الأصل : مخالفة .

(٣٢) يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني الحنبل ، وزير المقتضى وابنه ، كان مجلسه معمورا بالعلماء والفقهاء ، وألف ، ومات شهيدا مسموما . سنة ستين وخمسائة . المعبر ١٧٢/٤ ، ١٧٣ ، ذيل طبقات الخبالة ٢٥١/١ - ٢٨٩ .

لهما بعد الرابعة ، وقبل الخامسة ، فهي مُسْتَحَبَّةٌ في قول أكثر أهل العلم ؛ لما رَوَى ابن عباس قال : لما كانت الخامسة ، قيل : يا هلال ، اتق الله ، فإنها المَوْجِبَةُ التي تُوجِبُ عليك العذاب . فقال : والله لا يُعَذِّبُنِي اللهُ عليها ، كما لم يجلدني عليها . فشهِدَ الخامسة . فلما ^(٣٣) كانت الخامسة ^(٣٤) ، قيل لها : اتق الله ، فإن عذاب الدنيا أهْوَنُ من عذاب الآخرة ، وإن هذه المَوْجِبَةُ التي توجبُ عليك العذاب . فَلَكَأَثُ ساعة ، ثم قالت : والله لا أَفْضَحُ قَوْمِي . فشهدت الخامسة أَنَّ غَضَبَ اللهِ عليها إن كان من الصادقين . وروى / أبو إسحاق الجَوْزْجَانِيُّ ، بإسناده ، حديثَ الْمُتْلَعَيْنِ ، قال : فشهِدَ أربعَ شَهَادَاتٍ بالله إنه لمن الصادقين ، ثم أَمَرَ به فَأُمْسِكَ عَلَى فِيهِ ، فَوَعَّظَهُ ، وقال : « وَتَحَكَّ كُلُّ شَيْءٍ أَهْوَنُ عَلَيْكَ مِنْ لَعْنَةِ اللهِ » . ثم أُرْسِلَ ، فقال : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ثم دَعَاها ، فَقَرَأَ عليها ، فشهِدَتْ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بالله إنه لمن الكاذبين ، ثم أَمَرَ بها فَأُمْسِكَ عَلَى فِيهَا ، وقال : « وَتَحَكَّ كُلُّ شَيْءٍ أَهْوَنُ عَلَيْكَ مِنْ عَذَابِ اللهِ » . وذكر الحديث .

فصل : وَيُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ اللَّعَانِ شَرْطَانِ : أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ بِمَحْضَرِ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ . وَالثَّانِي ، أَنْ يَأْتِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِاللَّعَانِ بَعْدَ الْقَائِمَةِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ بَاذَرَ بِهِ قَبْلَ أَنْ يُلْقِيَهُ الْإِمَامُ عَلَيْهِ ، لَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ خَلَفَ قَبْلَ أَنْ يُخَلِّفَهُ الْحَاكِمُ . الثَّالِثُ ، اسْتِكْمَالُ لَفْظَاتِ اللَّعَانِ الْخَمْسَةِ ، فَإِنْ نَقَصَ مِنْهَا لَفْظَةً ، لَمْ يَصِحَّ . الرَّابِعُ ، أَنْ يَأْتِيَ بِصُورَتِهِ ، إِلَّا مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْاِخْتِلَافِ فِي إِبْدَالِ لَفْظَةٍ بِمِثْلِهَا فِي الْمَعْنَى . الْخَامِسُ ، التَّرْتِيبُ ، فَإِنْ قَدَّمَ لَفْظَةَ اللَّعْنَةِ عَلَى شَيْءٍ مِنَ الْاِتِّفَاقِ الْأَرْبَعَةِ ، أَوْ قَدَّمَ الْمَرْأَةَ لِعَانِهَا عَلَى لِعَانِ الرَّجُلِ ، لَمْ يُعْتَدَ بِهِ . السَّادِسُ ، الْإِشَارَةُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى صَاحِبِهِ إِنْ كَانَ حَاضِرًا ، أَوْ تَسْمِيَّتُهُ ^(٣٥) وَنِسْبَتُهُ إِنْ كَانَ غَائِبًا . وَلَا يُشْتَرَطُ حُضُورُهُمَا مَعًا ، بَلْ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا غَائِبًا عَنْ صَاحِبِهِ ،

(٣٣-٣٤) سقط من : الأصل .

(٣٤) ق م : ١ وتسبته .

مثل أن لَاعَنَ الرَّجُلُ فِي الْمَسْجِدِ الْمَرْأَةَ عَلَى بَابِهِ ، لَعَدِمَ إِمْكَانَ دُخُولِهَا^(٣٥) ، جاز .

فصل : وإن كان الزوجان يعرفان العربية ، لم يُجْزَأ أن يَلْتَعِنَا بغيرها ؛ لأنَّ اللَّعَانَ وَرَدَ فِي الْقُرْآنِ بِلَفْظِ الْعَرَبِيَّةِ . وإن كانا لا يُحْسِنَانِ ذَلِكَ ، جاز لهما اللَّعْنَانُ بِلِسَانَيْهِمَا ؛ لموضع الحاجة ، فإن كان الحاكِمُ يُحْسِنُ لِسَانَهُمَا ، أَجْزَأُ ذَلِكَ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُحْضِرَ مَعَهُ أَرْبَعَةٌ يُحْسِنُونَ لِسَانَهُمَا ، وإن كان الحاكِمُ لا يُحْسِنُ لِسَانَهُمَا ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَرْجُمان . قال القاضي : وَلَا يُجْزِئُ فِي التَّرْجُمةِ أَقْلُ مِنَ اثْنَيْنِ عَدْلَيْنِ . وهو قولُ الشافعي ، وظاهرُ قولِ الحَزَنِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : وَلَا يُقْبَلُ فِي التَّرْجُمةِ عَنْ أَعْجَمِيٍّ حَاكِمٌ إِلَيْهِ ، إِذَا لَمْ يَعْرِفْ لِسَانَهُ ؛ أَقْلُ مِنَ عَدْلَيْنِ يَعْرِفَانِ لِسَانَهُ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةَ أُخْرَى ، أَنَّهُ يُجْزِئُ قَوْلُ عَدْلٍ^(٣٦) وَاحِدٍ .^(٣٧) وهو قولُ أَيْ حَنِيفَةٍ^(٣٨) ، وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

١٣٣٦ - مسألة : قال : (وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا فِي اللَّعَانِ وَلَدٌ ، ذَكَرَ الْوَلَدَ ، فَإِذَا قَالَ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ ، لَقَدْ زَلْتُ . يَقُولُ : / وَمَا هَذَا الْوَلَدُ وَلَدِي . وَتَقُولُ هِيَ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ لَقَدْ كَذَبَ ، وَهَذَا الْوَلَدُ وَلَدُهُ) ١٢٢/٨

وجملة ذلك ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ اللَّعَانُ لِنَفْسِي وَلِإِذَا ذَكَرَهُ مِنْ ذِكْرِهِ فِي لِعَانَيْهِمَا . وقال الشافعي : لَا نَحْتَاجُ الْمَرْأَةَ إِلَى ذِكْرِهِ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْفِيهِ ، وَإِنَّمَا نَحْتَاجُ الزَّوْجَ إِلَى ذِكْرِهِ لِنَفْيِهِ . وقال أبو بكر : لَا يَحْتَاجُ وَاحِدٌ^(١) مِنْهُمَا إِلَى ذِكْرِهِ ، وَيَنْتَفِي بِزَوَالِ الْفِرَاشِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ سَقَطَ حَقُّهُ بِاللَّعَانِ ، اشْتَرَطَ ذِكْرَهُ فِيهِ ، كَالْمَرْأَةِ ، وَالْمَرْأَةُ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، فَكَانَ ذِكْرُ الْوَلَدِ شَرْطًا فِي لِعَانِهَا كَالزَّوْجِ ، وَلِأَنَّهُمَا مُتَحَالِفَانِ^(٢) عَلَى شَيْءٍ ، فَيُشْتَرَطُ^(٣) ذِكْرُهُ فِي

(٣٥) فِي الْأَصْلِ ، ١ : دَخُولُهَا .

(٣٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٧-٣٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) فِي الْأَصْلِ : مُتَخَلِّفَانِ .

(٣) فِي م : فَاشْتَرَطَ .

تَحَالِفُهُمَا كَالْمُخْتَلِفَيْنِ فِي الْيَمِينِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِقَوْلِ الزَّوْجِ : وَمَا هَذَا الْوَلَدُ وَلَدِي . وَمِنَ الْمَرْأَةِ بِقَوْلِهَا^(٤) : وَهَذَا الْوَلَدُ وَلَدُهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُشْتَرَطُ أَنْ يَقُولَ : هَذَا الْوَلَدُ مِنْ زَنِيِّ ، وَلَيْسَ هُوَ^(٥) مِثْلِي . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُرِيدُ بِقَوْلِهِ : لَيْسَ هُوَ مِثْلِي . يُعْنِي خَلْقًا وَخُلُقًا . وَلَمْ تَقْتَصِرْ عَلَى قَوْلِهِ^(٦) : مِنْ زَنِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَعَقَّدُ أَنَّ الْوَطْءَ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ زَنِي ، فَأَكْذَابًا يَذْكُرُهَا جَمِيعًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ نَفَى الْوَلَدَ فِي اللَّعَانِ فَأَكْتَفَى بِهِ ، كَمَا لَوْ ذَكَرَ اللَّفْظَيْنِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ التَّأْكِيدِ تَحْكُمُ بِغَيْرِ دَلِيلٍ ، وَلَا يَنْتَفِي الْأَحْتِمَالُ بِضَمِّ إِحْدَى اللَّفْظَتَيْنِ إِلَى الْأُخْرَى ، فَإِنَّهُ إِذَا اعْتَقَدَ أَنَّهُ مِنْ وَطْءٍ فَاسِدٍ ، وَاعْتَقَدَ^(٧) أَنَّ ذَلِكَ زَنِي صَحَّ مِنْهُ أَنْ يَقُولَ اللَّفْظَيْنِ^(٨) جَمِيعًا ، وَقَدْ يُرِيدُ أَنَّهُ لَا يُشْبِهُنِي خَلْقًا وَخُلُقًا ، أَوْ أَنَّهُ^(٩) مِنْ وَطْءٍ فَاسِدٍ . فَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الْوَلَدَ فِي اللَّعَانِ ، لَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ . فَإِنْ أَرَادَ نَفْيَهُ ، أَعَادَ اللَّعَانَ ، وَيَذْكُرُ نَفْيَ الْوَلَدِ فِيهِ .

فصل : وَإِذَا قَذَفَ امْرَأَتُهُ بِالزَّانِي بِرَجُلٍ بَعِيْنِهِ ، فَقَدْ قَذَفَهُمَا ، وَإِذَا لَاعَتْهَا^(١٠) سَقَطَ الْحَدُّ عَنْهُمَا ، سَوَاءٌ ذَكَرَ الرَّجُلُ فِي لِعَانِهِ أَوْ لَمْ يَذْكُرْهُ ، وَإِنْ لَمْ يُلَاعِنِ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْمُطَالَبَةُ ، وَأَيُّهُمَا طَالِبٌ ، حُدُّهُ ، وَمَنْ لَمْ يُطَالِبْ ، فَلَا يُحْدُّ لَهُ ، كَمَا لَوْ قَذَفَ رَجُلًا بِالزَّانِي بِامْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، إِلَّا فِي أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ حَدُّهُ بِلِعَانِهَا^(١١) . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : الْقَذْفُ لِلزَّوْجَةِ وَحْدَهَا ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِغَيْرِهَا حَقٌّ فِي الْمُطَالَبَةِ وَلَا الْحَدُّ ؛ لِأَنَّ هِلَالَ بْنَ أُمَيَّةَ قَذَفَ زَوْجَتَهُ بِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ ، فَلَمْ يُحْدَهُ

(٤) سقط من : ١ .

(٥) في ١ ، ب زيادة : هو .

(٦) في الأصل : فاعتقد .

(٧) في ١ : اللَّفْظَيْنِ .

(٨) في الأصل ، ١ : وأنه .

(٩) في ب : لانهما . وبعده زيادة : عنه .

(١٠) في ب : بلعانها .

١٢٢/٨ ط النبي ﷺ ، ولا عَزْرَه له^(١١) . وقال بعض أصحاب الشافعي : يجب / الحَدُّ لهما^(١٢) . وهل يَجِبُ حَدُّ واحدٍ^(١٣) أو حَدَّانِ ؟ على وَجْهَيْنِ . وقال بعضهم : لا يجب إلا حَدُّ واحدٍ ، قولاً واحداً . ولا خِلَافَ بينهم أَنَّهُ إِذَا لَاعَنَ ، وَذَكَرَ الأُجْنَبِيَّ فِي لِعَانِهِ ، أَنَّهُ يَسْقُطُ عَنْهُ حُكْمُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ اللِّعَانَ بَيِّنَةٌ فِي أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ ، فَكَانَ بَيِّنَةً فِي الطَّرَفِ الأَخرِ ، كَالشَّهَادَةِ ، وَلَئِنْ بِهِ حَاجَةٌ إِلَى قَذْفِ الزَّانِي ، لَمَا أَفْسَدَ عَلَيْهِ مِنْ فِرَاشِهِ ، وَرَبَّمَا يَخْتِاجُ إِلَى ذِكْرِهِ لِيَسْتَدِلَّ بِشَبِّهِ الْوَلَدِ لِلْمَقْدُوفِ عَلَى صِدْقِ قَاضِيهِ ، كَمَا اسْتَدَلَّ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى صِدْقِ هِلَالٍ بِشَبِّهِ الْوَلَدِ لِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ ، فَوَجِبَ أَنْ يُسْقَطَ حُكْمَ قَذْفِهِ مَا اسْقَطَ حُكْمَ قَذْفِهَا ، قِيَاساً لَهُ عَلَيْهَا .

فصل : ولو قَذَفَ امرأته وَأُجْنَبِيَّةً أو أُجْنَبِيًّا بِكَلِمَتَيْنِ ، فعليه حَدَّانِ لهما ، فَيُخْرَجُ مِنْ حَدِّ الأُجْنَبِيَّةِ بِالْبَيِّنَةِ خَاصَّةً ، وَمِنْ حَدِّ الزَّوْجَةِ بِالْبَيِّنَةِ أو اللَّعَانِ . وَإِنْ قَذَفَهُمَا بِكَلِمَةٍ ، فَكَذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُبْلِغْ ، وَلَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ ، فَهَلْ يُحَدُّ لهما حَدًّا واحدًا أو حَدَّينِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُحَدُّ حَدًّا واحدًا . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْقَدِيمِ . وَزَادَ أَبُو حَنِيفَةَ : سَوَاءٌ كَانَ بِكَلِمَةٍ أو بِكَلِمَاتٍ ؛ لِأَنَّهَا^(١٤) حُدُودٌ مِنْ جَنْسٍ ، فَوَجِبَ أَنْ تُتَدَاخَلَ ، كَحُدُودِ الزَّانِي . وَالثَّانِيَّةُ : إِنْ طَلَبُوا^(١٥) مُجْتَمِعِينَ فَحَدُّ واحدٍ ، وَإِنْ طَلَبُوا^(١٦) مُتَفَرِّقِينَ فَلِكُلِّ واحدٍ حَدٌّ ؛ لِأَنَّهُمْ إِذَا اجْتَمَعُوا فِي الطَّلَبِ ، أُمِّكُنَ إِيْفَاءَهُمْ بِالْحَدِّ الْوَاحِدِ ، وَإِذَا تَفَرَّقُوا لَمْ يُمَكِّنْ جَعْلُ الْحَدِّ الْوَاحِدِ إِيْفَاءَ مَنْ لَمْ يُطَالَبْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِقَامَةُ الْحَدِّ لَهُ قَبْلَ الْمُطَالَبَةِ مِنْهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي الْجَدِيدِ^(١٧) : يُقَامُ لِكُلِّ واحدٍ حَدٌّ بِكُلِّ

(١١) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣/٨ .

(١٢) سقط من : ب ، م .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في ١ ، ب ، م : لا لهما .

(١٥) في ١ ، ب ، م : طالبوا .

(١٦) في م : الحد .

حال ؛ لأنها حقوق لا دَمِيَيْنٌ^(١٧) ، فلم تَدْخُلْ ، كالذُّيُونِ . ولنا ، على^(١٨) أنه إذا قَدَفَها بكلمة واحدة يُجْزئُ حَدٌّ واحدٌ ، أنه^(١٩) يَظْهَرُ كَذِبُهُ في قَدَفِهِ ،^(٢٠) وبراءة عرضيهما^(٢١) من رُتْبِهِ بحدٍّ واحدٍ ، فأَجْزَأُ ، كما لو كان القَدْفُ لواحدٍ . وإذا قَدَفَهما بكلمتين ، وَجَبَ حَدَّانِ ؛ لأنَّهما قَدَفَانِ لشخصَيْنِ ، فوجب لكل واحدٍ حَدٌّ ، كما لو قَدَفَ الثاني بعد حَدِّ الأولِ . وهكذا الحكمُ فيما إذا قَدَفَ أَجْنَبِيَّيْنِ أو أَجْنَبِيَّاتٍ ، فالتفصيلُ فيه على ما ذكرناه . وإن قَدَفَ أَرْبَعَ نِسائِهِ ، فالحكمُ في الحَدِّ كذلك . وإن أراد اللِّعَانَ ، فعليه أن يُلَاعِنَ لكل واحدةٍ لِعَانًا مُفْرَدًا ، ويتَذَأُّ لِعَانِ التي تبدأ بالمطالبة ، فإن طالَبَيْنِ جميعًا ، وتشاحَحَنَ ، بَدَأَ / بإحداهُنَّ بالقُرْعَةِ ، وإن لم يتشاحَحَنَ^(٢٢) ، بدأ بِلِعَانٍ من شاءَ مِنْهُنَّ ، ولو بدأ بأبواحدةٍ^(٢٣) مِنْهُنَّ من غير قُرْعَةٍ مع المُشَاحَةِ ، صَحَّ . ويَحْتَجِلُ أن يُجْزِئَهُ لِعَانٌ واحدٌ ، فيقول : أَشْهَدُ بِاللَّهِ إني لمن الصادقين فيما رَمَيْتُ به كُلَّ واحدةٍ من زَوْجَاتِي هؤلاء الأربع من الزَّنى . وتقول كُلُّ واحدةٍ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ إني لمن الكاذبين فيما رَمَانِي به من الزَّنى . لأنه يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ بذلك . والأوَّلُ أَصَحُّ ؛ لأنَّ اللِّعَانَ أَيْمَانٌ ، فلا تَدْخُلُ لجماعةٍ ، كالإيمانِ في الذُّيُونِ .

فصل : ولو قال لزوجتي : يا زانيةِ بَشَّتِ الزَّانِيَةَ . فقد قَدَفَها ، وقَدَفَ أُمُّها بكلمتين ، والحكمُ في الحَدِّ لهما على ما مَضَى من التفصيلِ فيه . فإن اجْتَمَعَا في المطالبة ، ففى أَيْتَهُمَا يُقَدَّمُ^(٢٤) ؟ فيه^(٢٥) وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، الأُمُّ ؛ لأنَّ حَقَّها أَكْثَرُ ، لكونه^(٢٦) لا

(١٧) في ب ، م : : الآدميين .

(١٨) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٩) في م : : لأنه .

(٢٠) (٢٠ - ٢٠) في الأصل : : فبرائة عرضها .

(٢١) في م : : يتشاحن .

(٢٢) في ا : : بِلِعَانٍ واحدةٍ .

(٢٣) في الأصل ، م : : يتقدم .

(٢٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٥) في الأصل : : لكونها .

يَسْقُطُ ^(٢٦) إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ ^(٢٧) ، وَلَئِنْ ^(٢٨) لَهَا فَضِيلَةٌ أَلْمُومَةُ . وَالثَّانِي ، تَقْدُّمُ ^(٢٩) الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّهُ
بَدَأَ بِقَدْفِهَا . وَمَتَى حُدُّ لِاحِدَاهُمَا ، ثُمَّ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِلْأُخْرَى ، لَمْ يُحَدِّ حَتَّى يَبْرَأَ
جِلْدُهُ مِنْ حَدِّ ^(٣٠) الْأُولَى . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّ الْحَدَّ هُنَا حَقٌّ لَأَدْمَى ، فَلَيْمَ لَا يُؤَالَى بَيْنَهُمَا
كَالْقِصَاصِ ، فَإِنَّهُ لَوْ قُطِعَ يَدَيَّ رَجُلَيْنِ ، قُطِعْنَا يَدَيْهِمَا ، وَلَمْ نُؤَخَّرْهُ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ حَدَّ
الْقَدْفِ لَا يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ سَبِّهِ قَبْلَ إِقَامَةِ حَدِّهِ ، فَالْمُؤَالَاةُ بَيْنَ حَدَّيْنِ فِيهِ تُخْرِجُهُ عَنْ
مَوْضُوعِهِ ، وَالْقِصَاصُ يَجُوزُ أَنْ تُقَطَعَ الْأَطْرَافُ كُلُّهَا فِي قِصَاصٍ وَاحِدٍ ، فَإِذَا جَارَ
لِوَاحِدٍ ، فَلَا تَنْتَبِهُ أُولَى .

فصل : وَإِنْ قَدَفَ مُحْصَنًا مَرَّتَيْنِ ، فَحَدٌّ وَاحِدٌ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ، سِوَاءَ قَدَفِهِ بِرِئْيِ آخَرَ ،
أَوْ كَرَّرَ الْقَدْفَ بِالْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُمَا حَدَّانِ تَرَادَفَ سَبِّهِمَا ، فَنَدَاخَلَا ، كَالرُّنْيِ مِرَارًا . وَإِنْ
قَدَفَهُ فَحَدٌّ لَهُ ، ثُمَّ قَدَفَهُ مَرَّةً أُخْرَى بِذَلِكَ الرُّنْيِ ، فَلَا حَدٌّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَحَقَّقَ كِذْبُهُ فِيهِ
بِالْحَدِّ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِظْهَارِ كِذْبِهِ فِيهِ ثَانِيًا ، وَلَمَّا جَلَدَ عُمَرُ أَبَا بَكْرَةَ حِينَ شَهِدَ عَلَى
الْمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ ، أَعَادَ قَدْفَهُ ، فَهَمَّ عُمَرُ بِإِعَادَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ : إِنْ جَلَدْتَهُ
فَارْجَمَ صَاحِبَهُ . فَتَرَكَهُ ^(٣١) . وَلَكِنَّهُ يُعَزَّرُ تَعْزِيرُ السَّبِّ وَالشَّتْمِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ فِيهِ رِوَايَةً
أُخْرَى ، أَنَّ عَلَيْهِ الْحَدَّ ثَانِيًا ؛ لِأَنَّهُ قَدَفَ ثَانِيًا بَعْدَ إِقَامَةِ ^(٣٢) الْحَدِّ عَلَيْهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ
قَدَفَهُ بِرِئْيِ ثَانٍ . وَأَمَّا إِنْ قَدَفَهُ بِرِئْيِ آخَرَ ، فَعَلَيْهِ حَدٌّ آخَرُ ؛ لِأَنَّهُ قَدَفَ / الْمُحْصَنِينَ لَمْ
يُحَدِّ فِيهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَعَقَّبَهُ الْحَدُّ كَالْأَوَّلِ ، وَلِأَنَّ سَبَبَ الْحَدِّ وَجَدَ بَعْدَ إِقَامَتِهِ ، فَأُعِيدَ

(٢٦-٢٧) في الأصل : « بالبينونة » .

(٢٧) في الأصل : « ولأشها » .

(٢٨) في الأصل ، ب ، م ، « تقديم » .

(٢٩) في الأصل : « جلد » .

(٣٠) أخرجه البيهقي ، في : باب شهود الرئي إذا لم يكملوا أربعة ، من كتاب الحدود . السنن الكبرى ٢٣٤/٨ ،

٢٣٥ . وابن أبي شيبة ، في : باب في الرجل يقذف الرجل ... ، من كتاب الحدود . المصنف ٥٣٥/٩ .

(٣١) سقط من : ب .

عليه ، كالزنى والسرقية . وعن أحمد رواية أخرى ، لا حد عليه في الثاني ؛ لأنه حد لصاحبه مرة ، فلا يعاد عليه الحد^(٣١) ، كالموقف بالزنى الأول . وعلى هذه الرواية يعزَّر تعزير السب والشتيم . وهذه الرواية الثانية فيما إذا تقارب القذف الثاني من الحد ، فأما إذا تباعد زمانهما ، وجب الحد بكل حال ؛ لأنه لا يجوز أن يكون حده مرة من أجله . ^(٣٢) فوجب إطلاق عرضه له . ومذهب الشافعي في هذا كمدحينا ، إلا أنهم حكوا عن الشافعي ، فيما إذا أعاد القذف بزنى ثان قبل إقامة الحد ، قولين ؛ أحدهما ، يجب حد واحد . والثاني ، يجب حدان . فأما إن^(٣٣) قذف أجنبية ، ثم تزوجها ، ثم قذفها ، فعليه الحد للقذف الأول ، ولا شيء عليه للثاني . في قول أبي بكر . وحكى نحو ذلك عن الزهرى ، والثوري ، وأصحاب الرأي ؛ لأنه لو قذف أجنبية قذفين ، لم يجب عليه أكثر من حد واحد . واختار القاضي أنه إن قذفها بالزنى الأول ، لم يكن عليه أكثر من حد واحد^(٣٤) ، وليس له إسقاطه إلا بالبيّنة ، وإن قذفها بزنى آخر ، فهو على الروابيتين فيما إذا قذف الأجنبية ، ثم حذها ، ثم قذفها بزنى آخر^(٣٥) ، فإن قلنا : يجب حدان . فطالبت المرأة بموجب القذف الأول ، فأقام به بيّنة ، سقط عنه حده ، ولم يجب في الثاني حد ؛ لأنها غير محصنة ، وإن لم يقم به^(٣٦) بيّنة ، حذها . ومتى طالبت بموجب الثاني ، فأقام به بيّنة ، أو لأعنتها ، سقط ، وإلا وجب عليه الحد به^(٣٧) أيضا ؛ لأن هذا القذف موجب غير موجب الأول ، فإن الأول موجب الحد على الخصوص ، والثاني موجب اللعان أو الحد^(٣٨) . وإن بدأت بالمطالبة بموجب الثاني ، فأقام بيّنة به ، أو لأعن ، سقط حده ، ولها المطالبة بموجب الأول ، فإن أقام به بيّنة ، وإلا حد . قال

(٣٢) سقط من : ب ، م .

(٣٣) في ١ ، ب ، م ، د : فوجب .

(٣٤) في م : د إلى ؛ خطأ .

(٣٥) سقط من : ب .

(٣٦) (٣٦-٣٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٧) سقط من : م .

(٣٨) في ١ ، ب ، م ، د : ولحد .

القاضي : إن أقام بالثاني بيّنة ، سقطَ مُوجبُ الأول . وهو مذهبُ الشافعي ؛ لأنها صارت غيرَ مُحَصَّنَةٍ ، فلا يثبتُ لها حَدُّ المُحَصَّنَاتِ . ولنا ، أن سقوطَ إحصانها في الثاني ، لا يُوجبُ سقوطَه فيما قبلَ ذلك ، كالمُستوفى حَدّه قبلَ إقامةِ البيّنة . ولعل هذا يثبتُ^(٣٩) على ما إذا قَذَفَ رجلاً فلم يُقيم / الحدَّ على القاذِفِ حتى زنى المُقذوف . وإن لم يُقيم بيّنةً عليهما ، ولم يَلْتَمِصْ للثاني ، لم يجبْ إلّا حَدُّ واحدٍ . نص عليه أحمد ؛ لأنهما^(٤٠) حَدَانِ من جنسَيْنِ تَرَادَفَا ، لم^(٤١) يُقِمَّ أحدهما ، فتداعى ، كالمُقذوفِ وهي أجنبيّةٌ قَذَفَيْن . ولو قَذَفَ زَوْجَتَهُ ، فحَدُّها ، ثم أعادَ قَذَفَها بذلك الزّنى ، لم يُحَدِّها ؛ لما ذكرنا في إعادةِ قَذَفِ الأجنبيّ ، لكن^(٤٢) يُعَزَّرُ لِلأُذَى^(٤٣) والسَّبِّ ، وليس له إسقاطُ التعزيرِ باللّعانِ ؛ لأنه تعزيرُ سَبِّ ، لا تعزيرُ قَذَفٍ ، إلّا على الرواية التي تُلْزِمُ الأجنبيّ^(٤٤) حَدًّا ثانيًا ، بإعادةِ القَذَفِ ، فإنه يُلْزَمُه ههنا حَدٌّ ، وله إسقاطُه باللّعانِ . وإن وُلِدَ له ولدٌ بعدَ حَدِّه ، فذكرَ أنّه من ذلك الزّنى ، فله اللّعانُ لإسقاطه ، على^(٤٥) كِلْتَا الرّوايَتَيْنِ ؛ لأنه محتاجٌ إلى تقيِهِ . وإن قَذَفَها في الزّوجيّةِ قَذَفَيْنِ بَرْنائِيْن ، فليس عليه إلّا حَدُّ واحدٍ ، ويكفيهِ لعانٌ واحدٌ ؛ لأنه يَمِينٌ ، فإذا كان الحَقَّانِ^(٤٦) لواحدٍ ، كَفَفَتْهُ^(٤٧) يَمِينٌ واحدةٌ ، لكنّه يحتاجُ أن يقولَ : أشهدُ باللهِ إني^(٤٨) لمن الصادِقَيْنِ^(٤٩) فيما رَمَيْتُها به من الزّنايِنِ . وفارقَ ما إذا قَذَفَ زَوْجَتَيْنِ^(٥٠) ، حيث لا يكفيهِ لعانٌ واحدٌ ؛ لأنَّ اليَمِينَ وَجِبَتْ لكلِّ واحدٍ

(٣٩) في ١ : مبنى .

(٤٠) في ب ، م ، ولأنهما .

(٤١) في م : فلم .

(٤٢) في ١ : لكنه .

(٤٣) في ب : للأعزى .

(٤٤-٤٥) في الأصل ، ١ : حدّان . وفي ب ، م : حدان .

(٤٥) في الأصل ، م ، ١ : عن .

(٤٦-٤٧) سقط من : ب .

(٤٧-٤٨) في ١ : لصادق .

(٤٨) في الأصل : زوجته من .

منهما ، فلا تَدْخُلُ ، كسائر الأيمان . وإن أقام البيّنة بالأوّل ، سَقَطَ عنه مُوجِبُ الثاني ؛ لأنّه زال إحصائها ، ولا لِعَانُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ نَسَبٌ يَرِيدُ نَفْيَهُ . وإن أقامها بالثاني لم يَسْقُطِ الْحُدُّ الْأَوَّلُ ، وله إسقاطه باللّعين ، إلّا على قول القاضى ، فإنّه يَسْقُطُ بِإِقَامَةِ البيّنة على الثاني . وإن قَذَفَهَا فِي الرُّوْجِ وَلَا عَنَّا ثُمَّ قَذَفَهَا الرُّبَى الْأَوَّلُ ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأنّه قد حَقَّقَهُ يِلْعَانُهُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحَدَّ ، كَالْوَقْدِ فِيهَا^(٤٩) أَجْنَبِيٌّ . وهو قول القاضى . ولو قَذَفَهَا بِهِ أَجْنَبِيٌّ ، أَوْ بَرِيٌّ غَيْرُهُ ، فعليه الحدُّ ، في قول عائِةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، منهم ابنُ عباسٍ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحْمِيّ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . وذكر أَبُو عُبَيْدٍ عَنْ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، أَنَّهُمْ قَالُوا : إِنْ لَمْ يَنْفِ يِلْعَانِهَا وَلَدًا ، حَدَّ قَاذِفُهَا ، وَإِنْ نَفَاهُ ، فَلَا حَدَّ عَلَى قَاذِفِهَا ؛ لأنّه مُتَنَفِّصٌ عَنْ زَوْجِهَا بِالْشَّرْعِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ رَمَاهَا ، أَوْ وَلَدَهَا ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ » . رواه أَبُو دَاوُدَ^(٥٠) . وهذا نصٌّ ، فإنّه نصٌّ على مَنْ رَمَاهَا ، مع / أَنْ وَلَدَهَا مَنفِيٌّ عَنِ الْمَلَايِينِ شَرْعًا ، وَلأنّه لم يَثْبُتْ زِنَاهَا ، وَلَا زَالَ إِحْصَائُهَا ، فَيَلْزَمُ قَاذِفُهَا الْحَدُّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾^(٥١) . وَكَأَلَوْ لَمْ يَنْفِ وَلَدَهَا . فَأَمَّا إِنْ أَقَامَ^(٥٢) بَيِّنَةً ، فَقَذَفَهَا قَاذِفٌ بِذَلِكَ الرُّبَى ، أَوْ بغيره ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأنّه قد زال إحصائها ، وَلأنّ هَذَا الْقَذْفُ لَمْ يُدْخِلِ الْمَعْرَةَ عَلَيْهَا ، وَإِنَّمَا دَخَلَتْ الْمَعْرَةُ بِقِيَامِ الْبَيِّنَةِ ، وَلَكِنَّهُ يُعَزَّرُ تَعْزِيرَ^(٥٣) السَّبِّ وَالْأَذَى . وَهَكَذَا كُلُّ مَنْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِزِنَاهُ ، لَا حَدَّ عَلَى قَاذِفِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَكِنَّهُ يُعَزَّرُ تَعْزِيرَ السَّبِّ وَالْأَذَى ، وَلَا يُمْلِكُ الرُّوْجُ إِسْقَاطَهُ عَنْ نَفْسِهِ بِاللّعين ؛ لِمَا قَدْ مَنَاهُ . وَإِنْ قَذَفَ زَوْجَتَهُ

١٢٤/٨ ظ

(٤٩) سقط من : الأصل .

(٥٠) تقدم تحريره ، في : ٣٧٣/٨ .

(٥١) سورة النور ٤ .

(٥٢) لى م : (قام) .

(٥٣) لى ١ : (يعزير) .

وَلَا عَظْمًا^(٥٤) ، ثُمَّ قَدَفَهَا بِرِجْلَيْ آخَرَ ، فَعَلِيهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهَا بَائَتْ مِنْهُ بِاللَّعَانِ ، وَصَارَتْ أَعْجَبِيَّةً ، إِلَّا أَنْ يُضَيِّفَ الزَّوْجِيَّةَ إِلَى حَالِ الزَّوْجِيَّةِ ، فَعِنْدَ ذَلِكَ إِنْ كَانَ تَمَّ نَسَبُ يَرْهَدُ تَقْيِهِ ، فَلَهُ الْمُلَاعَنَةُ لِنَقْيِهِ ، وَإِلَّا لَزِمَهُ الْحَدُّ ، وَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا .

١٣٣٧ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ اتَّعَنَ هُوَ ، وَلَمْ تَلْتَعِنْ هِيَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهَا ، وَالزَّوْجِيَّةُ بِحَالِهَا)

وجملة ذلك أنه إذا لاعنها ، وامتنعت هي^(١) من المُلَاعَنَةِ ، فلا حَدَّ عليها . وبه قال الحسن ، والأوزاعي ، وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن الحارث العكلي ، وعطاء الخراساني . وَذَهَبَ مَكْحُولٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ^(٢) ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَبُو إِسْحَاقَ الْجَوْرَجَانِيُّ ، وَابْنُ الْمُثَنِّيرِ ، إِلَى أَنَّ عَلَيْهَا الْحَدَّ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ ﴾^(٣) . وَالْعَذَابُ الَّذِي^(٤) يَذَرُوهُ لِعَانُهَا هُوَ الْحَدُّ الْمَذْكُورُ فِي قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَلَيُشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾^(٥) . وَلأنَّه يَلْعَانُهُ حَقَّقَ زِنَاهَا ، فَوَجِبَ عَلَيْهَا الْحَدُّ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ عَلَيْهَا أَرْبَعَةٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَتَحَقَّقْ مِنْ^(٦) زِنَاهَا ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهَا الْحَدُّ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَلْعَنِ ، وَدَلِيلُ ذَلِكَ أَنَّ تَحَقُّقَ زِنَاهَا لَا يَحْلُو إِذَا كَانَ يَكُونُ يَلْعَانِ الزَّوْجِ ، أَوْ يَنْكُرُهَا ، أَوْ بَعْدَهُمَا ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ يَلْعَانِ الزَّوْجِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ زِنَاهَا بِهِ ، لَمَّا سُمِعَ لِعَانُهَا ، وَلَا وَجِبَ الْحَدُّ عَلَى قَاضِيهَا ، وَلأنَّه إِذَا يَمِينٌ ، وَإِنَّمَا شَهَادَةٌ ، وَكِلَاهُمَا لَا يَثْبُتُ لَهُ الْحَقُّ عَلَى غَيْرِهِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ

(٥٤) سقط من : ب .

(١) سقط من : أ ، ب ، م .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سورة النور ٨ .

(٤) سقط من : م .

(٥) سورة النور ٢ .

(٦) سقط من : أ ، ب ، م .

يُثْبِتُ بُكُورُهَا ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ لَا / يُثْبِتُ بِالتُّكُولِ ، فَإِنَّهُ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، فَلَا يُثْبِتُ بِهَا ؛
وذلك لِأَنَّ التُّكُولَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِشِدَّةِ خَفَرِهَا ، أَوْ لِعَقْلِيَّةِ عَلَى لِسَانِهَا ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ،
فَلَا يَجُوزُ إِثْبَاتُ الْحَدِّ الَّذِي اغْتَبِرَ فِي بَيِّنَتِهِ مِنَ الْعَدَدِ ضِعْفُ مَا اغْتَبِرَ فِي سَائِرِ الْحُدُودِ ،
وَاعْتَبِرَ فِي حَقِّهِمْ أَنْ يَصِفُوا صُورَةَ الْفِعْلِ ، وَأَنْ يُصَرِّحُوا بِلَفْظِهِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، مُبَالِغَةً فِي
نُفْيِ الشُّبُهَاتِ عَنْهُ ، وَتَوَسُّلاً إِلَى إِسْقَاطِهِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقْضَى فِيهِ بِالتُّكُولِ الَّذِي هُوَ فِي
نَفْسِهِ شُبْهَةٌ ، وَلَا^(٧) يُقْضَى بِهِ فِي شَيْءٍ مِنَ الْحُدُودِ وَلَا الْعُقُوبَاتِ ، وَلَا مَا عَدَا الْأَمْوَالَ ، مَعَ
أَنَّ الشَّافِعِيَّ لَا يَرَى الْقَضَاءَ بِالتُّكُولِ فِي شَيْءٍ ، فَكَيْفَ يُقْضَى بِهِ فِي أَكْثَرِ الْأُمُورِ وَأَبْعَدِهَا
كِبُورًا ، وَأَسْرَعِهَا سَقُوطًا ، وَلَئِنْهَا لَوْ أَقَرَّتْ بِلِسَانِهَا ، ثُمَّ رَجَعَتْ ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا الْحَدُّ ،
فَلَأَنْ لَا يَجِبُ بِمُحَرِّدِ امْتِنَاعِهَا مِنَ الْيَمِينِ عَلَى بَرَاءَتِهَا أَوَّلَى ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقْضَى فِيهِ
بِهَا ؛ لِأَنَّ مَا لَا يُقْضَى فِيهِ بِالْيَمِينِ الْمُفْرَدَةِ ، لَا يُقْضَى فِيهِ بِالْيَمِينِ مَعَ التُّكُولِ ، كَسَائِرِ
الْحُقُوقِ ، وَلَئِنْ مَا فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الشُّبْهَةِ لَا يَتَنَفَّى بِضَمِّ أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ ، فَإِنْ
اِحْتِمَالُ تُّكُولِهَا ، لِقَرُطِ حَيَاثِهَا وَعَجْزِهَا عَنِ التُّطَلُّقِ بِاللُّعَانَ فِي مَجْمَعِ النَّاسِ ، لَا يَزُولُ
بِلِقَائِ الزَّوْجِ ، وَالْعَذَابُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْحَبْسَ أَوْ غَيْرَهُ ، فَلَا يَتَعَيَّنُ فِي الْحَدِّ ، وَإِنْ
اِحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَرَادُ ، فَلَا يُثْبِتُ الْحَدُّ بِالِاخْتِمَالِ ، وَقَدْ يُرْجَعُ مَا ذَكَرْنَاهُ بِقَوْلِ
عَمْرِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِنَّ الْحَدَّ عَلَى مَنْ زَنَى وَقَدْ أَحْصَنَ ، إِذَا كَانَتْ بَيِّنَةٌ ، أَوْ كَانَ
الْحَمْلُ ، أَوْ الْاِغْتِرَافُ^(٨) . فَذَكَرَ مُوجِبَاتِ الْحَدِّ ، وَلَمْ يَذْكُرِ اللَّعَانَ . وَاخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ
فِيمَا يُصْنَعُ بِهَا ؛ فَرَوَى^(٩) أَنَّهَا تُحْبَسُ حَتَّى تَلْتَمِسَ أَوْ تُقَرَّأَ تَبَعًا . قَالَ أَحْمَدُ : فَإِنْ أَبَتِ الْمَرْأَةُ
أَنْ تَلْتَمِسَ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ الرَّجُلَ^(١٠) ، أَجَبَرْتُهَا عَلَيْهِ ، وَهَبْتُ أَنْ أُحْكَمَ عَلَيْهَا بِالرَّجْمِ ؛ لِأَنَّهَا
لَوْ أَقَرَّتْ بِلِسَانِهَا لَمْ تُرْجَمْ إِذَا رَجَعَتْ ، فَكَيْفَ إِذَا أَبَتِ اللَّعَانَ ! وَلَا يَسْقُطُ النَّسَبُ إِلَّا

(٧) سقطت الواو من : ١ ، ب ، م .

(٨) تقدم تحريجه ، في صفحة ١١ .

(٩) في ب ، وحاشية ١ نهادة : ١ عنه .

(١٠) في ب : ١ الزوج .

بإلحاحيهما جميعاً ؛ لأنَّ الفراش قائمٌ حتى ثلثينَ ، والوَلَدُ للفراشِ . قال القاضي : هذه الروايةُ أصحُّ . وهذا قولٌ من وافقنا في أنَّه لا حَدٌّ عليها ؛ وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللهِ ﴾ فَيَدُلُّ على أنَّها إذا لم تُشْهَدْ لا يُدْرَأُ^(١١) عنها العَذَابُ . والرواية الثانية ، يُحْلَى سبيلُها . وهو قولُ أبي بكرٍ ؛ / لأنَّه لم يَجِبْ عليها الحدُّ ، فيَجِبُ تَحْلِيَةُ سَبِيلِها ، كما لو^(١٢) لم تُكْمَلِ البَيِّنَةُ . فأما الزَّوجِيَّةُ ، فلا تُزَوَّلُ ، والوَلَدُ لا يَنْتَفِي ما لم يَسْمِ اللِّعَانُ بينهما ، في قولِ عامةِ أهلِ العِلْمِ ، إلَّا الشافعيُّ ، فإنه قَضَى بالفرقةِ ونَفَى الوَلَدَ بِمُجَرَّدِ لِعَانِ الرَّجُلِ^(١٣) . وقد ذَكَرْنَا ذلك .

١٣٣٨ - مسألة : قال : (وَكَذَلِكَ إِنْ أَقْرَتْ دُونَ الْأَرْبَعِ مَرَّاتٍ)

وجُمِلَتْهُ أَنْ الرَّجُلَ إِذَا قَدَفَ امْرَأَتَهُ ، فَصَدَّقَتْهُ ، وَأَقْرَتْ بِالزَّوْنِ مَرَّةً ، أَوْ مَرَّتَيْنِ ، أَوْ ثَلَاثًا ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِإِقْرَارِ أَرْبَعِ مَرَّاتٍ ، على ما يَذْكَرُ في الحُدُودِ ، ثمَّ إِنْ كَانَ تَصَدِّقُهَا لَه قَبْلَ لِعَانِهِ ، فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ كَالْبَيِّنَةِ ، إِنَّمَا يُقَامُ مَعَ الْإِلْتِكَارِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ لِعَانِهِ ، لَمْ تَلَاغِنِ هِيَ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَخْلُفُ مَعَ الْإِقْرَارِ ، وَحُكْمُهَا حَكْمُ مَا لَوْ امْتَنَعَتْ مِنْ غَيْرِ إِقْرَارٍ . وهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعيُّ : إِنْ صَدَّقَتْهُ قَبْلَ لِعَانِهِ ، فَعَلَيْهَا الْحَدُّ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ثُمَّ نَسَبَ بَيْنَهُمَا ، فَيُلَاعِنُ وَحْدَهُ ، وَيَنْتَفِي النَّسَبُ بِمُجَرَّدِ لِعَانِهِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ لِعَانِهِ ، فَقَدْ انْتَفَى النَّسَبُ ، وَلَزِمَتْهَا الْحَدُّ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ النَّسَبَ يَنْتَفِي بِمُجَرَّدِ لِعَانِهِ ، وَتَقَعُ الْفُرْقَةُ ، وَيَجِبُ الْحَدُّ ، وَأَنَّ^(١) الْحَدَّ يَجِبُ^(٢) بِإِقْرَارِ مَرَّةٍ . وهذه الأصولُ قد مَضَى أَكْثَرُهَا . وَلَوْ أَقْرَتْ أَرْبَعًا ، وَجَبَ الْحَدُّ ، وَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ ثُمَّ نَسَبَ يَنْتَفَى . وَإِنْ رَجَعَتْ سَقَطَ

(١١) في ب ، م : ٥ يندرج .

(١٢) سقط من : ١ م .

(١٣) في ١ ، ب : ٥ الزوج .

(١) في ب ، م : ٥ فَإِنْ .

(٢) سقط من : ب ، م .

الْحَدُّ عَنْهَا ، بغير خلافٍ عَلِمْنَاهُ . وبه يقول الشافعي ، وأبو ثور^(٣) ، وأصحاب الرأي . فإن الرجوع عن الإقرار بالحدِّ مقبول ، وليس له أن يلاعِنَ للحدِّ ، فإنه لم يجب عليه لتصديقها إيَّاه . وإن أراد ليعانها لتفي نسيب ، فظاهر قول الحرقي ، أنه ليس له ذلك في جميع هذه الصور . وهو قول أصحاب الرأي . وقال الشافعي : له ليعانها لتفي النسب فيها كلها ؛ لأنها لو كانت عفيفةً سالحةً فكذبته ، ملك نفى ولدها ، فإذا كانت فاجرةً فصدقته ، فلأن يملك نفى ولدها أولى . ووجه الأول ، أن نفى الولد إنما يكون ليعانها معاً ، وقد تعدّر اللعان منها^(٤) ؛ لأنها^(٥) لا تستحلف على نفى ما يُعَرَّبُ به ، فتعدّر نفى الولد لتعدّر سببه ، كما لو مات بعد القذف وقبل اللعان .

فصل : ولو قال لامرأته : يا زانية . فقالت : بك زنيْتُ . فلا حدَّ عليها ، ولا عليه . وقال أصحاب الشافعي : عليه حدُّ القذف ؛ لأنه يحتمل أنها أرادت بذلك نفى الزنى عن / نفسها ، كما يستعمل أهل العرف فيما إذا قال قاتل : سرقْتُ . قال : معك سرقْتُ . أى أنا لم أسرق ؛ لكنوك^(٦) أنت لم تسرق . ولنا ، أنها صدقته في قذفه إيَّاه ، فأشبه ما لو قالت^(٧) : صدقت . ولا حدَّ عليها ؛ لأن حدَّ الزنى لا يثبت إلا بالإقرار^(٨) أربع مرات ، وليس عليها حدُّ القذف ؛ فإنها^(٩) لم تقذفه ، وإنما أقرت على نفسها بزناها به ، ويحكم ذلك من غير كونه زانياً ، بأن يظن أنها زوجته وهي عالمة أنه أجنبي ، ولأنه يحتمل أن تريد نفى ذلك عنها ، كما ذكروه ، أو أنه لم يطلأني سواك ، فإن^(١٠) يمكن زنى

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في ب ، م ، د : منها .

(٥) في ا ، ب ، م ، د : ولأنها .

(٦) في ا ، م ، د : لكك .

(٧) في ا ، م ، د : قال .

(٨) في ا ، ب ، د : بإقرار .

(٩) في ب ، م ، د : لأنها .

(١٠) في ا ، م ، زيادة : د لم خطأ .

فَأَنْتَ شَرِيكِي فِيهِ . وَلَا يَجِبُ الْحَدُّ مَعَ الْإِحْتِمَالِ ، ^(١١) وَلَا يَلْزَمُ مِنْ سُقُوطِهِ عَنِ الرَّجُلِ بظَاهِرِ تَصْدِيقِهَا ، وَجُوبُهُ عَلَيْهَا مَعَ الْإِحْتِمَالِ ^(١٢) ؛ فَإِنَّ الْحَدَّ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَلَا يَجِبُ بِهَا . وَلَوْ قَالَ : يَا زَانِيَةً . فَقَالَتْ : أَنْتَ أَزْنَى مِنِّي . فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِيهَا كَالْتِي قَبْلَهَا : لَا حَدُّ عَلَى الزَّوْجِ ؛ لِتَصْدِيقِهَا ^(١٣) لَهُ ، وَلَا عَلَى الْمَرْأَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي التِّي قَبْلَهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَيْسَ قَوْلُهَا قَذْفًا . قَالَ الشَّافِعِيُّ : إِلَّا أَنْ تُرِيدَ الْقَذْفَ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ تُرِيدَ أَنَّهُ أَصَابَنِي وَهُوَ زَوْجِي ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ ، فَهُوَ أَبْلَغُ مِنِّي فِيهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : عَلَيْهَا حَدُّ لِقَذْفِهَا ، وَلَا حَدُّ عَلَيْهِ لِتَصْدِيقِهَا إِثْمًا ، وَقَدْ أَثْبَتَ بَصْرِيحٌ قَذْفَهُ بِالزَّانِي ، فَوَجَبَ عَلَيْهَا الْحَدُّ ، كَمَا لَوْ قَالَتْ : أَنْتَ زَانٍ . ^(١٤) وَالْإِحْتِمَالُ مَعَ التَّصْرِيحِ بِالْقَذْفِ ، لَا يَمْنَعُ الْحَدَّ ، كَمَا لَوْ قَالَتْ : أَنْتَ زَانٍ ^(١٥) . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : يَا زَانِيَةً . فَقَالَتْ : بَلْ أَنْتَ زَانٍ . فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَازِفٌ لِصَاحِبِهِ ، عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ ؛ ^(١٦) إِلَّا أَنْ ^(١٧) الْمَرْأَةُ لَا تَمْلِكُ إِسْقَاطَ حَدِّهَا إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ ، وَالزَّوْجُ يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ لِعَانٍ .

(١١-١٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٢) في ١ ، م : ؛ بتصديقها ؛ .

(١٣-١٤) في ب ، م : ؛ لأن ؛ .

كتاب العدد

الأصل في وجوب العدة ، الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ ﴾ ^(١) . وقوله سبحانه : ﴿ وَالَّذِي يَتُوفَىٰ مِنْكُمُ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ ﴾ ^(٢) . وقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَهَيَّجُوا زَوْجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۚ ﴾ ^(٣) . وأما السنة ، فقول النبي ﷺ : « لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أَنْ تَحْدَثَ عَلَى مَيْتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا » ^(٤) . وقال لفاطمة بنت قيس : « اعتدى في بيت ابن

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٢) سورة الطلاق ٤ .

(٣) سورة البقرة ٢٣٤ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب الطيب للمرأة عند غسلها من الحيض ، من كتاب الحيض ، وفي : باب حد المرأة على غير زوجها ، من كتاب الجنائز ، وفي : باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ، وباب تلبس الحادة ثياب العصب ، من كتاب الطلاق صحيح البخاري ٨٥/١ ، ٩٩/٢ ، ٧٦/٧ ، ٧٧ . وسلم ، في : باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١١٢٣/٢ - ١١٢٧ . وأبو داود ، في : باب إحداد المتوفى عنها زوجها ، وباب فيما تجنب المصدة في عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٥/١ - ٥٣٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذي ١٧٢/٥ ، ١٧٣ . والنسائي ، في : باب الإحداد ، وباب سقوط الإحداد عن الكناية المتوفى عنها زوجها ، وباب ما تجنب الحادة من الثياب المصبغة ، وباب الحضاب للحادة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٦٤/٦ - ١٦٨ . وابن ماجه ، في : باب هل تحد المرأة على غير زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١٦٤/١ . والدارمي ، في : باب النهي للمرأة عن الزينة في العدة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٧/٢ ، ١٦٨ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الإحداد ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٩٧/٢ ، ٥٩٨ . والإمام أحمد ، في : المستدرك ٨٥/٥ ، ٣٧/٦ ، ١٨٤ ، ٢٤٩ ، ٢٨١ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٣٢٤ - ٣٢٦ ، ٤٠٨ ، ٤٢٦ .

١٢٦/٨ ط أم مَكْنُومٌ^(٥) . / في آي وأحاديث كثيرة . وأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى وَجُوبِ الْعِدَّةِ فِي الْجُمْلَةِ ،
وَلَمَّا اختلفوا في أنواع منها . وأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الْمُطَلَّقةَ قَبْلَ الْمَسِيحِ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا ؛ لِقَوْلِ
اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ
تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَتُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾^(٦) .
وَلِأَنَّ الْعِدَّةَ تَجِبُ لِإِرَاءَةِ الرَّجِيمِ ، وَقَدْ ثَبَّتْنَاهَا هُنَا . وَهَكَذَا كُلُّ فُرْقَةٍ فِي الْحَيَاةِ ، كَالْفَسِيخِ
لِرِضَاعٍ ، أَوْ غَيْبٍ ، أَوْ عِتْقٍ ، أَوْ لِعَانٍ ، أَوْ اخْتِلَافٍ دِينٍ .

فصل : وَتَجِبُ الْعِدَّةُ عَلَى الدَّمِيَّةِ مِنَ الدَّمِيِّ وَالْمُسْلِمِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ لَمْ تَكُنْ مِنْ
دِينِهِمْ ، لَمْ تَلْزَمْنَاهَا ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يُخَاطَبُونَ بِفُرُوعِ الدِّينِ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْآيَاتِ ، وَلِأَنَّهَا بَازِيَةٌ
بَعْدَ الدُّخُولِ ، أَشَبَّهَ الْمُسْلِمَةَ . وَعِدَّتُهَا كِعِدَّةِ الْمُسْلِمَةِ ، فِي قَوْلِ عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ ؛ مِنْهُمْ
مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ وَمَنْ تَبِعَهُمْ ، إِلَّا مَا رَوَى عَنْ
مَالِكٍ ، أَنَّهُ قَالَ : تَعْتَدُ مِنَ الْوَفَاةِ بِخِيضَةٍ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ
يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ . وَلِأَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ
مِنَ الْوَفَاةِ ، أَشْبَهَتْ^(٧) الْمُسْلِمَةَ .

فصل : وَالْمُعْتَدَاتُ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ ؛ مُعْتَدَّةٌ بِالْحَمْلِ ، وَهِيَ كُلُّ امْرَأَةٍ حَامِلٍ مِنْ
زَوْجٍ ، إِذَا فَارَقَتْ زَوْجَهَا بِطَّلَاقٍ أَوْ فُسْخٍ أَوْ مَوْتِهِ عَنْهَا ، حُرَّةٌ كَانَتْ أَوْ أَمَةً ، مُسْلِمَةٌ أَوْ
كَافِرَةٌ ، فَعِدَّتُهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ ، وَلَوْ بَعْدَ سَاعَةٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ
أُجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . وَالثَّانِي ، مُعْتَدَّةٌ بِالْقُرْءِ ، وَهِيَ كُلُّ مُعْتَدَّةٍ مِنْ فُرْقَةٍ فِي

(٥) تقدم تخريجُه ، في : ٣٣١/١٠ ، ومُضَاف : وأُخْرِجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ إِذَا اسْتَشَارَتِ الْمَرْأَةُ رَجُلًا مِنْ غَطْلِيهَا
هَلْ يَحِبُّهَا عَمَّا يَعْلَمُ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْجُمْلَةُ : ٦٢/٦ .

(٦) سُورَةُ الْأَحْزَابِ ٤٦ .

(٧) فِي الْأَصْلِ : وَأَشْبَهَتْ .

الحياة ، أو وطء في غير نكاح ، إذا كانت ذات قُرء ، فعدتها بالقُرء^(٨) ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . والثالث ، معتدة بالشهور ، وهي كل من تعتد بالقُرء^(٩) إذا لم تكن ذات قُرء ؛ لصغير ، أو يأس ، لقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِي لَا يَجِدُ إِلَّا جَهْدَهُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّذِي لَا يَجِدُ إِلَّا جَهْدَهُ مِنَ الْمَحْمِلِ . وَذَوَاتُ^(١٠) الْقُرء إِذَا ارْتَفَعَ حَيْضُهَا لَا تَذَرِي مَا رَفَعَهُ ، اعْتَدَتْ بِتِسْعَةِ أَشْهُرٍ لِلْمَحْمِلِ . وَعِدَّةُ الْآيَةِ ، وكل من توفى عنها زوجها ولا حمل بها قبل الدخول أو بعده ، حُرَّة أو أمة ، فعدتها بالشهور ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ / وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ .

١٢٧/٨ و

فصل : وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدَّة الطلاق ، سواء كانت بخلع ، أو إلعان ، أو رضاع ، أو فسخ بغيب ، أو إغسار ، أو إعتاق ، أو اختلاف دين ، أو غيره ، في قول أكثر أهل العلم . وروى عن ابن عباس ، أن عدَّة المَلَاعَةِ تسعة أشهر . وأبى ذلك سائر أهل العلم ، وقالوا : عدتها عدَّة الطلاق ؛ لأنها مفارقة في الحياة ، فأشبهت المطلقة . وأكثر أهل العلم يقولون : عدَّة المختلعة عدَّة المطلقة ؛ منهم سعيد بن المسيب ، وسالم بن عبد الله ، وعروة ، وسليمان بن يسار ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن ، والشعبي ، والنخعي ، والزهرى ، وقتادة ، وإخلاس بن عمرو ، وأبو عيسى^(١١) ، ومالك ، والليث ، والأوزاعي ، والشافعي . وروى عن عثمان بن عفان ، وابن عمر ، وابن عباس ، وأبان بن عثمان ، وإسحاق ، وابن المنذر ، أن عدَّة المختلعة حيضة . ورواه ابن القاسم عن أحمد ، لما روى ابن عباس ، أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه ، فجعل النبي ﷺ عدتها حيضة . رواه النسائي^(١٢) . وعن ربيع بنت مَعُودٍ مثل ذلك ، وأن

(٨) في ب ، م : ٢ : القرء .

(٩) في الأصل ، ١ : ٢ : القرء .

(١٠) في ب ، م : ٢ : وذات .

(١١) سقطت الواو من ١ : . وتقدم في ٤١٥/٥ .

(١٢) تقدم تحريجه ، في ٢٦٧/١٠ .

عُثْمَانُ قَضَى بِهِ . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ، وَابْنُ مَاجَهَ ^(١٣) . وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهَا بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَدْخُلَ فِي الْحَيَاةِ ، فَكَانَتْ ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ ، كَكُفْرِ الْخُلُوعِ ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « قُرْءُ الْأَمَةِ حَيْضَتَانِ » ^(١٤) . عَامٌّ ، وَحَدِيثُهُمْ يَرْوِيهِ عِكْرِمَةُ مُرْسَلًا ، قَالَ أَبُو بَكْرِ : هُوَ ضَعِيفٌ مُرْسَلٌ . وَقَوْلُ عُثْمَانَ وَابْنِ عَبَّاسٍ ، قَدْ خَالَفَهُ قَوْلُ عَمْرِو وَعَلِيٍّ ، فَأَيْتُهُمَا قَالَا : عِدَّتُهَا ثَلَاثُ حَيْضٍ . وَقَوْلُهُمَا أُوْلَى . وَأَمَّا ابْنُ عَمَرَ ، فَقَدْ رَوَى مَالِكٌ ^(١٥) ، عَنْ نَافِعٍ ، أَنَّهُ قَالَ : عِدَّةُ الْمُخْتَلَعَةِ عِدَّةُ الْمُطَلَّاقَةِ ^(١٦) . وَهُوَ أَصَحُّ عَنْهُ .

فصل : وَالْمَوْطُوءَةُ بِشَبْهَةِ تَعْتُدُّ عِدَّةَ الْمُطَلَّاقَةِ ، وَكَذَلِكَ الْمَوْطُوءَةُ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ وَطْءَ الشَّبْهَةِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ، فِي شَغْلِ الرَّجِيمِ وَلُحُوقِ ^(١٧) النَّسَبِ ، كَالوَطْءِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ ، فَكَانَ مِثْلُهُ فِيمَا تَحْصُلُ بِهِ الْبَرَاءَةُ . وَإِنْ وَطِئَتْ الْمَرْجُوعَةُ بِشَبْهَةٍ ، لَمْ يَحِلَّ لِرِزْوَجِهَا وَطْؤُهَا قَبْلَ قَضَاءِ ^(١٨) عِدَّتِهَا ، كَمَا لَا يُفْضَى إِلَى اخْتِلَاطِ الْبَيَاهِ وَاشْتِبَاهِ الْأَنْسَابِ ، وَلَهُ الْاسْتِمْتَاعُ مِنْهَا بِمَا دُونَ / الْفَرْجِ ، فِي أَحَدِ الرَّجْمَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا زَوْجَةٌ حَرَّمَ وَطْؤُهَا لِعَارِضٍ مُخْتَصٍّ بِالْفَرْجِ ، فَأَبِيحَ الْاسْتِمْتَاعَ مِنْهَا بِمَا دُونَهُ ، كَالْحَائِضِ .

فصل : وَالْمَرْئِيُّ بِهَا ، كَالْمَوْطُوءَةِ بِشَبْهَةٍ فِي الْعِدَّةِ . وَبِهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالتَّحِيصِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهَا تُسْتَبْرَأُ بِحَيْضَةٍ . ذَكَرَهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ،

(١٣) أخرجه النسائي ، في : باب عدة المختلعة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٥٣/٦ . وابن ماجه ، في : باب عدة المختلعة ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٦٣ ، ٦٦٤ . كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب طلاق المختلعة ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٦٥/٢ .

(١٤) تقدم تحريمه ، في : ٥٣٤/١٠ .

(١٥) في : باب طلاق المختلعة ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٦٥/٢ .

(١٦) في ١ ، ب ، م : « مطلقة » .

(١٧) في ١ ، ب ، م : « ولحقوق » .

(١٨) في ب ، م : « انقضاء » .

١١) وَرَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : لَا عِدَّةَ عَلَيْهِمَا . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ١١) ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ لِحِفْظِ النَّسَبِ ، وَلَا يَلْحَقُهُ نَسَبٌ . وَقَدْ رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَطءٌ يَقْتَضِي شُغْلَ الرَّجْمِ ، فَوَجَبَتِ الْعِدَّةُ مِنْهُ ، كَوَطءِ الشَّبْهِةِ . وَأَمَّا وَجُوبُهَا كِعِدَّةِ الْمُطَلَّاقَةِ ، فَلِأَنَّهَا حَرَّةٌ ، فَوَجَبَ اسْتِبْرَآؤُهَا بِعِدَّةٍ كَامِلَةٍ ، كَالْمُوطِئَةِ بِشَبْهِةٍ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّمَا تَجِبُ لِحِفْظِ النَّسَبِ . لَا يَصِحُّ ، فَإِنَّهَا لَوْ اخْتَصَّتْ بِذَلِكَ ، لَمَا وَجَبَتْ عَلَى الْمُلَاعِنَةِ الْمَنْفِيَّةِ وَلَدُهَا ، وَالْإِسْخَافِ ، وَالصَّغِيرَةِ ، وَلَمَّا وَجَبَ اسْتِبْرَآؤُ الْأُمَةِ الَّتِي لَا يَلْحَقُ وَلَدُهَا بِالْبَائِعِ ، وَلَوْ وَجَبَتْ لِذَلِكَ ، لَكَانَ اسْتِبْرَآؤُ الْأُمَةِ عَلَى الْبَائِعِ ، ثُمَّ لَوْ ثَبَتَ أَنَّهَا وَجَبَتْ لِذَلِكَ ، فَالْحَاجَةُ إِلَيْهَا دَاعِيَةٌ ؛ فَإِنَّ الْمَرْئِيَّ بِهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ قَبْلَ الْإِغْتِدَادِ ، اشْتَبَهَ وَلَدُ الزَّوْجِ بِالْوَلَدِ مِنَ الزَّوْجِ ١٢) ، فَلَا يَخْصُلُ حِفْظُ النَّسَبِ .

١٣٣٩ - مسألة ؛ قال ، رحمه الله تعالى : (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ وَقَدْ خَلَا بِهَا ، فَعِدَّتُهَا ثَلَاثٌ حَيْضٍ غَيْرِ الْحَيْضَةِ الَّتِي طَلَّقَهَا فِيهَا)

في هذه المسألة ثلاثة فصول :

أحدها : أَنَّ الْعِدَّةَ تَجِبُ عَلَى كُلِّ مَنْ خَلَا بِهَا زَوْجَهَا ، وَإِنْ لَمْ يَمْسَسْهَا . وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي وَجُوبِهَا عَلَى الْمُطَلَّاقَةِ بَعْدَ الْمَسِّيسِ ، فَأَمَّا إِنْ خَلَا بِهَا وَلَمْ يَمْسَسْهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، فَإِنَّ مَذْهَبَ أَحْمَدَ وَوَجُوبَ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ الْحُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ ، وَزَيْدٍ ، وَابْنِ عَمَرَ . وَبِهِ قَالَ عُرْوَةُ ، وَعَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ ، وَعَطَاءٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَدِيمِ قَوْلِهِ ١٣) . وَقَالَ

(١٩-١٩) سقط من : ب .

(٢٠) في ب : المزل .

(١) في أ ، م : قوله .

الشافعي في الجديد : لا عِدَّة عليها ؛ لقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ (١) . وهذا نص ، ولأنها مطلقاً لم تَمَسَّ ، فأشبهت مَنْ لم يُحَلَّ بها . ولنا ، إجماع الصحابة ، رَوَى (٢) الإمام أحمد ، والأثر ، بإسنادهما عن زُرَّارة بن أَوْفَى ، قال : قَضَى الخلفاء الراشدون أَنَّ مَنْ أَرْخَى سِتْرًا ، أَوْ أَغْلَقَ بَابًا ، فَقَدْ وَجَبَ / الْمَهْرُ ، وَوَجَبَتِ الْعِدَّةُ (٣) . وَرَوَاهُ الأثرُ أيضاً عن الأحنف ، عن عمر وعلي ، وعن سعيد بن المسيب ، عن عمر وزيد بن ثابت . وهذه قضايا اشتهرت ، فلم تُنكَرْ ، فصارت إجماعاً . وضعف أحمد ما رَوَى في خلاف ذلك ، وقد ذكرناه في كتاب الصداق (٤) . ولأنه عقْد على المنافع ، والتمكين (٥) فيه يجرى مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة ، كعقد الإجارة ، والآية مخصوصة بما ذكرناه ، ولا يصح القياس على مَنْ لم يُحَلَّ بها ؛ لأنه لم يوجد منها (٦) التمكن .

فصل : وظاهر كلام الخِرقي ، أنه لا فرق بين أن يُحَلَّوْا بها مع المانع من الوطء ، أو مع عَدَمِهِ ، سواء كان المانع حقيقياً ، كالجب والعنة والفنق والرتق ، أو شرعياً كالصوم والإحرام والخيض والنفاس والظهار ؛ لأنَّ الحكم علق (٨) ههنا على الخلوة التي هي مظنة الإصابة دون حقيقتها ، ولهذا لو خلاها فأنث بوليد لمدة الحمل ، لحقه نسبه ، وإن لم يَطَأ . وقد رَوَى عن أحمد ، أَنَّ الصداق لا يكمل مع وجود المانع ، فكذلك يُخرُجُ في العِدَّة . وَرَوَى عنه ، أَنَّ صَوْمَ شَهْرِ رَمَضَانَ يَمْنَعُ كَمَالَ الصَّدَاقِ مع الخلوة ، وهذا يدلُّ

(٢) سورة الأحزاب ٤٩ .

(٣) ل : ١ : ٥ : وروى .

(٤) تقدم ترجمته ، ل : ١٠ : ١٥٣ .

(٥) ل : ١٠ : ١٥٤ .

(٦) ل : م : ٥ : فالتكين .

(٧) سقط من : ب .

(٨) ل : ١ : ٥ : تعلق .

على أنه متى كان المانع متأكدا ، كالإحرام وشبهه ، منع كمال الصداق ، ولم تجب العدة ؛ لأن الخلوة إنما أقيمت مقام الميسر ؛ لأنها مظنة له ، ومع المانع لا تتحقق المظنة . فأما إن خلا بها ، وهي صغيرة لا يمكن وطؤها ، أو كان أغشى فلم يعلم بها ، فلا عدة عليها ، ولا يكمل صداقها ؛ لأن المظنة لا تتحقق مع ظهور استحالة الميسر .

الفصل الثاني : أن عدة المطلقة ، إذا كانت حرة وهي من ذوات القروء ، ثلاثة قروء . بلا خلاف بين أهل العلم ؛ وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۝ ﴾ . والقراءة^(٩) في كلام العرب يقع على الحيض والطمهر جميعا ، فهو من الأسماء المشتركة ، قال أحمد بن يحيى ثعلب : القروء الأوقات ، الواحد قرء ، وقد يكون حيضا وقد يكون طهرا ؛ لأن كل واحد منهما يأتي لوقت . قال الشاعر^(١٠) :

كَرِهْتُ الْعَقَرَ عَقَرَ بَنَى تَيْمِيمٍ إِذَا هَبَّتْ لِقَائِهَا الرِّيحُ^(١١)

يعنى : لوقتها . وقال الخليل بن أحمد يقال : أقرأت المرأة : إذا دنا حيضها وأقرأت : إذا دنا طهرها ، وفي الحديث عن النبي ﷺ : « دعى الصلاة أيام أقرائك »^(١٢) .
فهذا الحيض . وقال الشاعر^(١٣) :

مُورِثَةٌ عَزَا وَفِي الْحَيِّ رِفْقَةٌ لِمَا ضَاعَ فِيهَا مِنْ قُرُوءٍ نِسَائِكَا

فهذا الطهر . واختلف أهل العلم في المراد بقوله سبحانه : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۝ ﴾ . واختلفت الرواية في ذلك عن أحمد ، فروى أنها الحيض . روى ذلك عن

(٩) في الأصل : « والقروء » .

(١٠) هو مالك بن الحارث أخو بني كاهل بن الحارث بن نعيم بن سعد بن هذيل . انظر : ديوان الهذليين ٨١/٣ ،

والبیت فيه ٨٣/٣ . وقد نسب لتأبط شراى : معجم البلدان ٦٩٥/٣ ، انظر ديوانه ٢٤٠ .

(١١) المقر هنا : القصر الذى يكون محتدا لأهل القرية . معجم البلدان ٦٩٥/٣ .

(١٢) تقدم ترجمته ، فى : ٢٧٧/١ .

(١٣) هو الأعشى ، والبیت فى ديوانه ٩١ .

عمر ، وعلى ، وابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، والثوري ، والأوزاعي ، والعنبري ، وإسحاق ، وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن أبي بكر الصديق ، وعثمان ابن عفان ، وأبي موسى ، وعبد بن الصامت ، وأبي الدرداء . قال القاضي : الصحيح عن أحمد ، أن الأقرء الحيض . وإليه ذهب أصحابنا ، ورجع عن قوله بالأطهار ، فقال : في رواية التيسابوري : كنت أقول : إنه الأطهار ، وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقرء الحيض . وقال ، في رواية الأثرم^(١٤) : كنت أقول الأطهار ، ثم وقفت لقول الأكابر . والرواية الثانية عن أحمد ، أن القروء الأطهار . وهو قول زيد ، وابن عمر ، وعائشة ، وسليمان بن يسار ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله ، وأبان بن عثمان ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهرى ، ومالك ، والشافعى ، وأبي ثور . وقال أبو بكر بن عبد الرحمن : ما أذكرت أحدا من فقهاءنا إلا وهو يقول ذلك . قال ابن عبد البر : رجع أحمد إلى أن القروء الأطهار ، قال ، في رواية الأثرم : رأيت الأحاديث عمن قال : القروء الحيض . تختلف ، والأحاديث عمن قال : إنه أحق بها حتى تدخل الحيضة الثالثة . أحاديثها صحاح وقوية^(١٥) . واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى : ﴿ فَطَلَّقُوهُنَّ إِعْدَتِهِنَّ ﴾^(١٦) . أى فى عِدَّتِهِنَّ . كقوله تعالى : ﴿ وَتَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَمَةِ ﴾^(١٧) . أى : فى يوم القيامة . وإنما أمر بالطلاق فى الطهر لافى الحيض . ويدل عليه قول النبي ﷺ ، فى حديث ابن عمر : « مرة فليراجعها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، فإن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، فذلك العدة التى أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء » . متفق عليه^(١٨) . وفى رواية ابن عمر : « فَطَلَّقُوهُنَّ فِى قُبُلِ عِدَّتِهِنَّ » .

(١٤) فى زيادة : « قد » .

(١٥) سقطت الواو من : الأصل .

(١٦) سورة الطلاق ١ .

(١٧) سورة الأنبياء ٤٦ .

(١٨) تقدم ترجمه ، فى : ٤٤٤/١ .

(١٩) سقط من : الأصل .

ولأنها عِدَّةٌ عن طَلاقٍ مُجَرَّدٍ مُبَاجٍ ، فَوَجِبَ أَنْ يُعْتَبَرَ عَقِيبَ الطَّلَاقِ ، كَعِدَّةِ^(٢٠) الْآيَةِ
وَالصَّغِيرَةِ^(٢١) وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ / تعالى : ﴿ وَالَّذِي يَمْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نُسَائِكُمْ إِنَّ
أَرْبَتَهُمْ فِعْدَتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّذِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾^(٢٢) . فَتَقْلَهُنَّ عِنْدَ عَدَمِ الْحَيْضِ إِلَى
الاعْتِدَادِ بِالْأَشْهُرِ ، فَذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْأَصْلَ الْحَيْضُ ، كَمَا قَالَ تَعَالَى : ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا
مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا ﴾^(٢٣) . الْآيَةُ ، وَلِأَنَّ الْمُعْهُودَ فِي لِسَانِ الشَّرْعِ اسْتِغْمَالُ الْقُرْءِ بِمَعْنَى
الْحَيْضِ ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « تَدْعُ الصَّلَاةُ أَيَّامَ أَفْرَائِهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٢٤) . وَقَالَ
لِفَاطِمَةَ بِنْتِ أَبِي حُبَيْشٍ : « انْظُرِي ، فَإِذَا أَتَى قُرُوكَ ، فَلَا تُصَلِّي ، وَإِذَا مَرَّ قُرُوكَ ،
فَتَطَهَّرِي ، ثُمَّ صَلِّي مَا بَيْنَ الْقُرْءِ إِلَى الْقُرْءِ » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ^(٢٥) . وَلَمْ يُعْهَدْ فِي لِسَانِهِ
اسْتِغْمَالُهُ بِمَعْنَى الطَّهْرِ فِي مَوْضِعٍ ، فَوَجِبَ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُهُ عَلَى الْمُعْهُودِ فِي لِسَانِهِ .
وَرَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « طَلَاقُ الْأُمَةِ طَلَقَتَانِ ، وَقُرْأَتَا حَيْضَتَانِ » . رَوَاهُ
أَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُ^(٢٦) . فَإِنْ قَالُوا : هَذَا يَرَوِيهِ مُظَاهِرٌ مِنْ أَسْلَمَ^(٢٧) ، وَهُوَ مُنْكَرُ الْحَدِيثِ .
قُلْنَا : قَدْ رَوَاهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عِيسَى ، عَنْ عَطِيَّةِ الْعَوْفِيِّ ، عَنْ ابْنِ عَمْرٍ ، كَذَلِكَ أَخْرَجَهُ
ابْنُ مَاجَه ، فِي « سُنَنِهِ » ، وَأَبُو بَكْرِ الْخَلَّالُ ، فِي « جَامِعِهِ » ، وَهُوَ نَصٌّ فِي عِدَّةِ الْأُمَةِ ،
فَكَذَلِكَ عِدَّةُ الْمُحَرَّةِ . وَلِأَنَّ ظَاهِرَ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ .
وَجُوبُ التَّرَبُّصِ ثَلَاثَةٌ كَامِلَةٌ ، وَمَنْ جَعَلَ الْقُرُوءَ الْأَطْهَارَ ، لَمْ يُوجِبْ ثَلَاثَةً ؛ لِأَنَّهُ يَكْتَفِي
بِطَهْرَيْنِ وَبَعْضِ الثَّالِثِ ، فَيُخَالِفُ ظَاهِرَ النَّصِّ ، وَمَنْ جَعَلَهُ الْحَيْضَ ، أَوْجَبَ ثَلَاثَةً

(٢٠) في ١ ، ب ، م : « وكعدة » .

(٢١) في ب : « أو الصغيرة » .

(٢٢) سورة الطلاق ٤ .

(٢٣) سورة المائدة ٦ .

(٢٤) تقدم تحريجه ، في ٣٩٧/١ .

(٢٥) في : باب الأقراء ، من كتاب الطلاق . المجيب ١٧٦/٦ . وانظر ٢٧٧/١ .

(٢٦) تقدم تحريجه ، في ٥٣٤/١٠ .

(٢٧) في النسخ : « مسلم » . وانظر ترجمته في : مهذب التهذيب ١٨٣/١٠ .

كاملة ، فيوافق ظاهر النص ، فيكون أولى من مخالفته ، ولأن العدة استبراء ، فكانت بالحيض ، كاستبراء الأمة ، وذلك لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرّجيم من الحمل ، والذي يدلّ عليه الحيض ، فوجب أن يكون الاستبراء به . فإن قيل : لا نسلم أن استبراء الأمة بالحيضة ، وإنما هو بالطهر الذي قبل الحيضة . كذلك قال ابن عبيد الرّ ، وقال (٢٨) : قولهم : إن استبراء الأمة حيضةً بإجماع . ليس كما ظنّوا ، بل جائز لها عندنا أن تنكح إذا دخلت في الحيضة ، واستيقنت أن دمها دم حيض ، كذلك قال إسماعيل بن إسحاق ليحيى بن أكرم حين أدخل (٢٩) عليه في مناظرته إياه . قلنا : هذا يرده قول النبي ﷺ : « لا ثوطاً حاملاً حتى تضع ، ولا حائلاً حتى تستبرأ بحيضة » (٣٠) . ولأن بالاستبراء (٣١) تُعرف براءة الرّجيم ، وإنما يحصل بالحيضة ، لا بالطهر الذي قبلها ، ولأن العدة (٣٢) تتعلق بخروج خارج / من الرّجيم ، فوجب أن تتعلق بالطهر ، كوضع الحمل ، يُحقّقه أن العدة (٣٣) مقصودها معرفة (٣٤) براءة المرأة من الحمل ، فتارة تحصل بوضعه ، وتارة تحصل بما ينافيه ، وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه . فأمّا (٣٥) قوله تعالى : ﴿ فَطَلَّقُوهُنَّ إِعْذِرْتِهِنَّ ﴾ فيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ قَبْلَ عِذَّتِهِنَّ ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ حَمْلُهُ عَلَى الطَّلَاقِ فِي الْعِدَّةِ ، ضَرُورَةَ أَنَّ الطَّلَاقَ يَسْبِقُ (٣٥) الْعِدَّةَ ، لَكَوْنُهُ سَبَبَهَا ، وَالسَّبَبُ يَتَقَدَّمُ (٣٦) الْحُكْمَ ، فَلَا يُوجَدُ الْحُكْمُ (٣٧) قَبْلَهُ ، وَالطَّلَاقُ فِي الطَّهْرِ تَطْلِيلٌ قَبْلَ الْعِدَّةِ إِذَا كَانَتْ الْأَقْرَاءُ الْحَيْضُ .

(٢٨) سقطت الوو من : ب .

(٢٩) في م : د دخل .

(٣٠) تقدم ترجمته ، في : ٤٤٤/١ .

(٣١) في م : د الاستبراء .

(٣٢-٣٣) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) في م ، ١ : د فإن .

(٣٥) في م ، ١ : د سبق .

(٣٦) في ب ، م ، ١ : د نهاية .

(٣٧) سقط من : ب ، م .

الفصل الثالث : أَنَّ الْحَيْضَةَ الَّتِي تَطْلُقُ ^(٣٨) فِيهَا ، لَا تُحْسَبُ مِنْ عِدَّتِهَا . بغير خلاف بين أهل العلم ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ ، فَتَأْوَلُ ثَلَاثَةٌ كَامِلَةٌ ، وَالَّتِي طَلَّقَ فِيهَا لَمْ يَتَّقْ مِنْهَا مَا يَنْتَهِي بِهِ مَعَ اثْنَتَيْنِ ثَلَاثَةٌ كَامِلَةٌ ، فَلَا يُعْتَدُّ بِهَا . وَلِأَنَّ الطَّلَاقَ إِنَّمَا حُرِّمَ فِي الْحَيْضِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا ، فَلَوْ اخْتَسِبَتْ ^(٣٩) بِتِلْكَ الْحَيْضَةِ قُرْءًا ، كَانَ أَقْصَرُ لِعِدَّتِهَا ، وَأَنْفَعُ لَهَا ، فَلَمْ يَكُنْ مُحَرَّمًا ^(٤٠) ، وَمَنْ قَالَ : الْقُرُوءُ الْأَطْهَارُ . ^(٤١) اخْتَسَبَ لَهَا بِالطَّهْرِ الَّذِي طَلَّقَهَا فِيهِ قُرْءًا ، فَلَوْ طَلَّقَهَا وَقَدْ بَقِيَ مِنْ قُرْبِهَا لَحَظَةٌ ، حَسَبَهَا قُرْءًا ، وَهَذَا قَوْلُ كُلِّ مَنْ قَالَ : الْقُرُوءُ الْأَطْهَارُ ^(٤٢) . إِلَّا الزَّهْرِيُّ وَحْدَهُ ، قَالَ : نَعْتَدُّ بِثَلَاثَةِ ^(٤٣) قُرُوءٍ سِوَى الطَّهْرِ الَّذِي طَلَّقَهَا فِيهِ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي عُثَيْدٍ ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ جَامِعَهَا فِي الطَّهْرِ ، لَمْ يَحْتَسِبْ بِبَقِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ زَمَنٌ حُرِّمَ فِيهِ الطَّلَاقُ ، فَلَمْ يَحْتَسِبْ بِهِ ^(٤٤) مِنَ الْعِدَّةِ ، كَزَمَنِ الْحَيْضِ . وَلَنَا ، أَنَّ الطَّلَاقَ حُرِّمَ فِي زَمَنِ الْحَيْضِ دَفْعًا لِضَرَرِ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا ، فَلَوْ لَمْ يَحْتَسِبْ بِبَقِيَّةِ الطَّهْرِ قُرْءًا ، كَانَ الطَّلَاقُ فِي الطَّهْرِ أَضَرَّ بِهَا ، وَأَطْوَلُ عَلَيْهَا ، وَمَا ذَكَرَ عَنْ أَبِي عُثَيْدٍ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَ الطَّلَاقِ فِي الْحَيْضِ لِكَوْنِهَا لَا تُحْتَسِبُ بِبَقِيَّتِهِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ تُجْعَلَ الْعِلَّةُ فِي عَدَمِ الْإِحْسَابِ تَحْرِيمَ الطَّلَاقِ ، فَتَصِيرَ الْعِلَّةُ مَعْلُولًا ، وَإِنَّمَا تَحْرِيمُ الطَّلَاقِ فِي الطَّهْرِ الَّذِي أَصَابَهَا فِيهِ ، لِكَوْنِهَا مُرْتَابَةً ، وَلِكُونِهِ ^(٤٥) لَا يَأْمَنُ التَّدَمُّ بِظَهْرِ حَمْلِهَا ، فَأَمَّا إِنْ انْقَضَتْ حُرُوفُ الطَّلَاقِ مَعَ انْقِضَاءِ الطَّهْرِ ، فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ فِي ^(٤٦) أَوَّلِ الْحَيْضَةِ ، وَيَكُونُ مُحَرَّمًا ، وَلَا تُحْسِبُ بِتِلْكَ

(٣٨) ق ١ ، ب ، م : طلق .

(٣٩) ق الأصل : احسب .

(٤٠) ق م : عروما .

(٤١) ٤١ - ٤١ سقط من : ب . نقل نظر .

(٤٢) ق ١ : ثلاثة .

(٤٣) سقط من : ب .

(٤٤) ق ١ : ولكونها .

(٤٥) سقط من : أ .

الْحَيْضَةِ مِنْ عِدَّتِهَا ، وَتَحْتَاجُ أَنْ تَعْتَدَّ بِثَلَاثِ حَيْضٍ بَعْدَهَا ، أَوْ ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ ، عَلَى الرُّوَايَةِ الْأُخْرَى . وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَتَيْتَ طَالِقٌ فِي آخِرِ طَهْرِكَ . أَوْ : فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ طَهْرِكَ . أَوْ انْقَضَتْ حُرُوفُ^(١٦) الْإِبْقَاعِ ، وَلَمْ يَبْقَ مِنَ الطَّهْرِ إِلَّا زَمَنُ الْوُقُوعِ ، فَإِنَّهَا لَا تُحْتَسِبُ بِالطَّهْرِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ الطَّلَاقُ ؛ / لِأَنَّ الْعِدَّةَ لَا تَكُونُ إِلَّا بَعْدَ وَقُوعِ الطَّلَاقِ ، وَلَيْسَ بَعْدَهُ طَهْرٌ تُعْتَدُّ بِهِ ، وَلَا يَجُوزُ الْاِعْتِدَادُ بِمَا قَبْلَهُ . وَلَا بِمَا قَارَنَهُ ، وَمَنْ جَعَلَ الْفَرْءَ الْحَيْضَ ، اِعْتَدَّ بِهَا بِالْحَيْضَةِ الَّتِي تَلِي الطَّلَاقَ ؛ لِأَنَّهَا حَيْضَةٌ كَامِلَةٌ ، لَمْ يَقَعْ فِيهَا طَّلَاقٌ ، فَوَجِبَ أَنْ تُعْتَدَّ بِهَا قَرَأً . وَإِنْ اِخْتَلَفَا ، فَقَالَ الزَّوْجُ : وَقَعَ الطَّلَاقُ فِي أَوَّلِ الْحَيْضِ . وَقَالَتْ : بَلْ فِي آخِرِ الطَّهْرِ . أَوْ قَالَ : انْقَضَتْ حُرُوفُ الطَّلَاقِ مَعَ انْقِضَاءِ الطَّهْرِ . وَقَالَتْ : بَلْ وَقَدْ بَقِيَ مِنْهُ بَقِيَّةٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّ قَوْلَهَا مَقْبُولٌ فِي الْحَيْضِ ، وَفِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ .

١٣٤٠ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (فَإِذَا اغْتَسَلْتَ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ ، أُيِّسَتْ لِلزَّوْجِ)

حَكَى أَبُو عِيدٍ اللَّهُ ابْنُ حَامِدٍ ، فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَيْنِ ؛ لِإِحْدَاهُمَا ، أَنَّهَا فِي الْعِدَّةِ مَا لَمْ تُغْتَسَلْ ، فَيُباحُ لَزَوْجِهَا ارْتِجَاعُهَا ، وَلَا يَحِلُّ لغيرِهِ نِكَاحُهَا . قَالَ أَحْمَدُ : عَمْرٌ ، وَعَلِيُّ ، وَابْنُ مَسْعُودٍ يَقُولُونَ : قَبْلَ أَنْ تُغْتَسَلَ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَاسْحَاقٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِّيقِ ، وَعَثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ، وَأَبِي مُوسَى ، وَعُبَادَةَ ، وَأَبِي الدَّرْدَاءِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . قَالَ شَرِيكٌ : لَهُ الرَّجْعَةُ . وَإِنْ فَرَّقْتَ فِي الْغُسْلِ عَشْرِينَ سَنَةً . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَرَوَى عَنْ أَبِي عِيدٍ اللَّهُ ، أَنَّهَا فِي عِدَّتِهَا ،^(١) وَلَزَوْجِهَا رَجَعْتُهَا حَتَّى يَمْضِيَ وَقْتُ الصَّلَاةِ الَّتِي طَهَّرَتْ فِي وَقْتِهَا . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ^(٢) إِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ لِدُونِ أَكْثَرِ الْحَيْضِ ، فَإِنَّ انْقِطَاعَ لَأَكْثَرِهِ ، انْقَضَتْ الْعِدَّةُ بِالْقِطَاعِ . وَوَجَّهَ اعْتِبَارَ الْغُسْلِ قَوْلَ الْأَكْبَرِ^(٣) مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَلَا مُخَالَفَ لَهُمْ فِي

(٤٦) في ١ ، م : « حُرُوفٌ » .

(١-١) سقط من : ب .

(٢) في ١ ، ب : « الْأَكْبَرُ » . وَفِي م : « الْأَكْبَرُ » .

عَصْرِهِمْ ، فيكون إجماعاً . ولأنها متنوعة من الصلاة بحكم حَدَثِ الحَيْضِ ، فأشبهت الحائِضَ . والرواية الثانية ، أنَّ العِدَّةَ تَنْقُضِي بظَهْرِهَا من الحَيْضَةِ الثالثة ، وانقطاع دِمَها . اختاره أبو الخطَّابِ . وهو قولُ سعيد بن جبْرِ ، والأوزاعي ، والشافعي في القديم ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ^(٣) . وقد كَمَلَتْ القُرُوءُ ، بدليل وجوب الغُسلِ عليها ، وجوب الصلاة ، وفعل الصيام ، وصحَّحَ منها ، ولأنَّه لم يَتَّقِ حُكْمُ العِدَّةِ في الميراث ، ووقوع الطلاقِ بها ، واللَّعان ، والتَّفَقُّعُ ، فكذلك فيما ^(٤) نحن فيه . قال القاضي : إذا شَرَطْنَا الغُسلَ ، أفادَعَدُّهُ إباحةَ الرُّجْعَةِ وتَحْرِيمَها على الأزواج ، فأما سائر الأحكام ، فإنَّها تَنْقُطِعُ بانقطاع دِمَها .

١٣٠/٨ ظ

فصل : وإن قلنا : القُرُوءُ ^(٥) الأَطْهَارُ . فطَلَّقَها وهي طاهرٌ ، انْقَضَتْ عِدَّتُها بِرُؤْيَةِ الدِّمِ من الحَيْضَةِ الثالثة ، وإن طَلَّقَها حائِضًا ، انْقَضَتْ عِدَّتُها بِرُؤْيَةِ الدِّمِ من الحَيْضَةِ الرَّابِعَةِ . وهذا قولُ زَيْدِ بْنِ نَابِتٍ ، وابنِ عَمَرَ ، وعائِشَةَ ، والقاسِمِ بنِ مُحَمَّدٍ ، وسالمِ بنِ عَبْدِ اللَّهِ ، وأَبَانَ ابنِ عُثْمَانَ ، ومالكٍ ، وأبي ثَوْرٍ . وهو ظاهرُ مذهبِ الشافعي . وَحَكَّى عنه قولُ آخَرٍ ، لا تَنْقُضِي العِدَّةَ حَتَّى يَمْضِيَ من ^(٦) الدِّمِ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الدِّمُ دَمَ فَسَادٍ ، فلا نَحْكُمُ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ حَتَّى يَزُولَ الْاِخْتِالُ . وَحَكَّى الْقَاضِي هَذَا احْتِمَالًا فِي مَذْهَبِنَا أَيْضًا . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ العِدَّةَ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهَا مُبْخَالَفَةٌ لِلنَّصِّ ، فَلَا يُعَوَّلُ عَلَيْهِ ، وَلأنَّه قولٌ من سَمِينَا من الصَّحَابَةِ ، رَوَاهُ الْأَثَرُ عَنْهُمْ بِإِسْنَادِهِ ، وَلَقَطَّ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ نَابِتٍ : إِذَا دَخَلَتْ فِي الدِّمِ مِنَ الحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ ، فَقَدْ بَرِئَتْ مِنْهُ ، وَبَرِئَ مِنْهَا ، وَلَا تَرْتُهُ وَلَا يَرْتُهَا ^(٧) .

(٣) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٤) في الأصل : ٥ ما .

(٥) في : ١ : الأقراء .

(٦) في م : ٥ زين .

(٧) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ، من كتاب الطلاق . المطأ

٥٧٧/٢ . وإمام الشافعي . انظر : الباب الخامس في العدة ، من كتاب الطلاق ، ترتيب المسند ٥٩/٢ = .

وقولهم: إِنَّ الدَّمَ ^(٨) يَجُوزُ أَنْ ^(٩) يَكُونَ دَمَ فَسَادٍ . قلنا : قد حُكِمَ بِكَوْنِهِ حَيْضًا فِي تَرْكِ الصَّلَاةِ ، وَتَحْرِيمِهَا عَلَى الزَّوْجِ ، وَسَائِرِ أَحْكَامِ الْحَيْضِ ، فَكَذَلِكَ فِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ التَّوَقُّفُ عَنِ الْحُكْمِ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لِلْإِحْتِمَالِ ، فَإِذَا بَيَّنَّ أَنَّهُ حَيْضٌ ، عَلِمْنَا أَنَّ الْعِدَّةَ قَدْ انْقَضَتْ حِينَ رَأَتْ الدَّمَ ، كَالْوَقَالِهَا : إِنْ حِضَّتْ فَأَنْتِ طَالِقٌ . وَاخْتَلَفَ ^(١٠) الْقَائِلُونَ بِهَذَا الْقَوْلِ ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْيَوْمُ وَاللَّيْلَةُ مِنَ الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ دَمٌ تَكْمُلُ بِهِ الْعِدَّةُ ، فَكَانَ مِنْهَا ، كَالَّذِي فِي أَثْنَاءِ الْأَطْهَارِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَيْسَ مِنْهَا ، إِنَّمَا يَبَيِّنُ بِهِ انْقِضَاءُهَا ، وَلَا تَنَالُو جَعْلَانَهَا مِنْهَا ، أَوْجَبْنَا الزِّيَادَةَ عَلَى ثَلَاثَةِ قُرُوءٍ ، وَلَكِنَّا نَمْنَعُهَا مِنَ التَّكَاجِ حَتَّى يَمْضِيَ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ ، وَلَوْ رَاجَعَهَا زَوْجُهَا فِيهَا ، لَمْ تَصِحَّ الرُّجْعَةُ . وَهَذَا أَصَحُّ الرَّجَحَيْنِ .

١٣٤١ - مسألة : قال : (وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً ، فَإِذَا اغْتَسَلَتْ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّانِيَةِ)

أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُونَ : عِدَّةُ الْأَمَةِ بِالْقُرْءِ قُرْآن . مِنْهُمْ ؛ عَمْرٌ ، وَعَلِيٌّ ، وَابْنُ عَمْرٍ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُثَيْبَةَ ، وَالْقَاسِمُ ، وَسَالِمٌ ، وَزَيْدُ بْنُ أَسْلَمَ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، عِدَّتُهَا عِدَّةُ الْحُرَّةِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ قَدْ مَضَتْ بِذَلِكَ سُنَّةٌ . وَهُوَ قَوْلُ دَاوُدَ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ / يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ^(١١) . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « قُرْءُ الْأَمَةِ حَيْضَتَانِ » ^(١٢) . وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ ، وَقَوْلُ عَمْرٍ وَعَلِيٍّ وَابْنِ عَمْرٍ ، وَلَمْ نَعْرِفْ لَهُمْ مُخَالَفًا فِي الصَّحَابَةِ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَهَذَا يَخْصُ عُمُومَ الْآيَةِ . وَلِأَنَّهُ مَعْنَى ذُو عَدَدٍ ، يُنْبِئُ عَلَى التَّفَاضُلِ ، فَلَا تُسَاوِي فِيهِ الْأَمَةُ الْحُرَّةُ ، كَالْحَدِّ . وَكَانَ

واللهي ، أ : باب ما جاء في قوله عز وجل : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ، من كتاب العدد .

السنن الكبرى ٤١٥/٧ .

(٨-٨) سقط من : م .

(٩) سقطت الواو من : أ ، ب ، م .

(١٠) سورة البقرة ٢٢٨ .

(١١) تقدم تحريمه ، أ : ٥٣٤/١٠ .

القياس يُقْتَضَى أَنْ تُكَوْنَ حِيْضَةً وَنِصْفًا ، كَمَا كَانَ حَدُّهَا عَلَى النِّصْفِ مِنْ حَدِّ الْحُرَّةِ ، إِلَّا أَنَّ الْحَيْضَ لَا يَتَّبِعُ ، فَكَمَلَتْ حَيْضَتَيْنِ ، وَهَذَا قَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَوْ اسْتَطِيعَ أَنْ أُجْعَلَ الْعِدَّةُ حِيْضَةً وَنِصْفًا لَفَعَلْتُ . فَإِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فَانْقِضَاءُ عِدَّتِهَا بِالْعُسْرِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّانِيَةِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ ، وَفِي الْأُخْرَى ، بِانْقِطَاعِ الدَّمِّ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّانِيَةِ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : إِنْ الْقُرْءُ الْأَطْهَارُ . فَانْقِضَاءُ عِدَّتِهَا بِرُؤْيَا الدَّمِّ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّانِيَةِ .

١٣٤٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ مِنَ الْآيِسَاتِ ، أَوْ مِمَّنْ لَمْ يَحِضْنَ ، فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَكَرَهُ فِي كِتَابِهِ بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَالَّتِي يَسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ ^(١) . فَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ فِي أَوَّلِ الْهِلَالِ ، اُعْتَبِرَ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ بِالْأَهْلِ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوْقِيتٌ لِلنَّاسِ وَالْحَجُّ ﴾ ^(٢) . وَقَالَ سُبْحَانَهُ : ﴿ إِنْ عِدَّةُ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فَبِى كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ ﴾ ^(٣) . وَلَمْ يَخْتَلِفِ النَّاسُ فِي أَنَّ الْأَشْهُرَ الْحُرُمَ ^(٤) مُعْتَبَرَةٌ بِالْأَهْلِ . وَإِنْ وَقَعَ الطَّلَاقُ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ ^(٥) اُعْتَدَّتْ بِقِيَّتِهِ ، ثُمَّ اُعْتَدَّتْ شَهْرَيْنِ بِالْأَهْلِ ، ثُمَّ اُعْتَدَّتْ مِنَ الشَّهْرِ الثَّالِثِ تَمَامَ ثَلَاثِينَ يَوْمًا . وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، تُخْتَسِبُ بِقِيَّةِ الْأَوَّلِ ، وَتُعْتَدُّ مِنَ الرَّابِعِ بِقَدْرِ مَا فَاتَهَا مِنَ الْأَوَّلِ ، تَامًا كَانَ أَوْ نَاقِصًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مِنْ أَوَّلِ الْهِلَالِ ، كَانَتْ الْعِدَّةُ بِالْأَهْلِ ، فَإِذَا كَانَ مِنْ بَعْضِ الشَّهْرِ ، وَجَبَ قَضَاءُ مَا فَاتَ مِنْهُ .

(١) سورة الطلاق ٤

(٢) سورة البقرة ١٨٩

(٣) سورة التوبة ٣٦

(٤) في م : الحرام

(٥) في م : الشهر

وَعَرَّجَ أَصْحَابُنَا وَجْهَهَا ثَانِيًا ؛ أَنَّ جَمِيعَ الشُّهُورِ مَحْسُوبَةٌ بِالْعَدَدِ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ بَنِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا حُسِبَ الْأَوَّلُ بِالْعَدَدِ ، كَانَ ابْتِدَاءُ الثَّانِي مِنْ بَعْضِ الشُّهُرِ ، فَيَجِبُ ١٣١/٨ ط أَنَّ يُحْسَبَ بِالْعَدَدِ ، وَكَذَلِكَ الثَّالِثُ . وَلَنَا ، أَنَّ الشُّهُرَ يَقَعُ عَلَى مَا بَيْنَ / الْهِلَالَيْنِ وَعَلَى الثَّلَاثِينَ ، وَلِذَلِكَ إِذَا غَمَّ الشُّهُرُ كُمُلُ ثَلَاثِينَ ، وَالْأَصْلُ الْهِلَالُ ، فَإِذَا أُمَكِّنَ اعْتِبَارُ الْهِلَالِ ، اعْتَبِرَ ^(٦) ، وَإِذَا تَعَدَّرَ ، رُجِعَ ^(٧) إِلَى الْعَدَدِ . وَفِي هَذَا الْفَصَالِ عَمَّا ذَكَرَ لَأَيِّ حَنِيفَةً . وَأَمَّا التَّخْرِيجُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُ إِثْمَامُ الشُّهُرِ الْأَوَّلِ مِنَ الثَّانِي ، وَبِجَوْرٍ أَنْ يَكُونَ ثَمَامُهُ مِنَ الرَّابِعِ .

فصل : وَتُحْسَبُ ^(٨) الْعِدَّةُ مِنَ السَّاعَةِ الَّتِي فَارَقَهَا زَوْجُهَا فِيهَا ، فَلَوْ فَارَقَهَا نِصْفَ اللَّيْلِ ، أَوْ نِصْفَ النَّهَارِ ، اعْتَدَّتْ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ إِلَى مِثْلِهِ . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : لَا تُحْتَسِبُ بِالسَّاعَاتِ ، وَإِنَّمَا تُحْتَسِبُ بِأَوَّلِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ ، فَإِذَا طَلَّقَهَا نَهَارًا ، احْتَسِبَتْ ^(٩) مِنْ أَوَّلِ اللَّيْلِ الَّذِي يَلِيهِ ، وَإِنْ ^(١٠) طَلَّقَهَا لَيْلًا ، احْتَسِبَتْ بِأَوَّلِ النَّهَارِ الَّذِي يَلِيهِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ حِسَابَ السَّاعَاتِ يَشْتَقُّ ، فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ . فَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهَا بِغَيْرِ دَلِيلٍ ، وَحِسَابُ السَّاعَاتِ مُمَكِّنٌ ، وَإِنَّمَا يَقِينًا ، وَإِنَّمَا اسْتَظْهَرَا ، فَلَا وَجْهَ لِلزِّيَادَةِ عَلَى مَا أَوْجَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى .

١٣٤٣ - مسألة ؛ قال : (وَالْأَمَةُ شَهْرَانِ)

اختلفت الروايات ^(١) عن أبي عبد الله في عِدَّةِ الْأَمَةِ ، فَأَكْثَرُ الرِّوَايَاتِ عَنْهُ ، أَنَّهَا

(٦) في أ ، م : « اعتبروا » .

(٧) في م : « رجعوا » .

(٨) في م : « ونجب » .

(٩) في الأصل : « احتسب » .

(١٠) في ب : « وإذا » .

(١) في الأصل ، ب : « الرواية » .

شهران . رَوَاهُ عَنْهُ جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِهِ ، وَاجْتَمَعَ فِيهِ بِقَوْلِ عَمْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : عِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ حَبِصَتَانِ ، وَلَوْ لَمْ تَحْضُرْ كَانَ عِدَّتُهَا شَهْرَيْنِ . رَوَاهُ الْأَثَرُمُ عَنْهُ بِإِسْنَادِهِ ^(٢) . وَهَذَا قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَخَذَ أَقْوَالُ ^(٣) الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْأَشْهُرَ بَدَلٌ مِنَ الْقُرُوءِ ، وَعِدَّةُ ذَاتِ الْقُرُوءِ قُرْآنٌ ، فَبَدَلُهَا شَهْرَانِ ، وَلَئِنْ مُعْتَدَّةً بِالشُّهُورِ عَنْ غَيْرِ الْوَفَاةِ ، فَكَانَ عِدَّتُهَا كَعِدَّةِ الْقُرُوءِ ، لَوْ كَانَتْ ذَاتُ قُرُوءٍ ^(٤) ، كَالْحُرَّةِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّ عِدَّتَهَا شَهْرٌ وَنِصْفٌ . نَقَلَهَا الْيَمُونِيُّ ، وَالْأَثَرُمُ ، وَاخْتَارَهَا أَبُو بَكْرِ . وَهَذَا قَوْلُ عَلِيٍّ ^(٥) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَمْرٍ ^(٦) ، وَابْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَسَالِمٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَهُوَ قَوْلُ ثَانٍ لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عِدَّةَ الْأَمَةِ نِصْفُ عِدَّةِ الْحُرَّةِ ، وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ، فَنِصْفُهَا شَهْرٌ وَنِصْفٌ ، وَلِئِنْ كَمَلْنَا لِذَاتِ الْحَبِصِ حَبِصَتَيْنِ ، لَتَعَدَّرِ تَبْعِيضُ الْحَبِصَةِ ، فَإِذَا / صَبَرْنَا إِلَى الشُّهُورِ ، أُمِّكَنَ التَّنْصِيفَ ، فَوَجَبَ الْمَصْبِرُ إِلَيْهِ ، كَمَا فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَيَصِيرُ هَذَا كَالْمُحْرِمِ ، إِذَا وَجَبَ عَلَيْهِ فِي جَزَاءِ الصَّيْدِ نِصْفُ مُدٍّ ، أَجْزَأَهُ إِخْرَاجُهُ ، فَإِنْ أَرَادَ الصِّيَامَ مَكَانَهُ ، صَامَ يَوْمًا كَامِلًا . وَلَئِنْ عِدَّةُ أُمِّكَنَ تَنْصِيفُهَا ، فَكَانَتْ عَلَى التَّنْصِيفِ مِنْ عِدَّةِ الْحُرَّةِ ^(٧) ، كَعِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَلَئِنْ مُعْتَدَّةً بِالشُّهُورِ ، فَكَانَتْ عَلَى التَّنْصِيفِ مِنْ عِدَّةِ الْحُرَّةِ ^(٨) كَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ^(٩) . وَالرَّوَايَةُ الثَّالِثَةُ ، أَنَّ عِدَّتَهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ الْحَسَنِ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالثَّخَفِيِّ ، وَبِحَبِي الْأَنْصَارِيِّ ، وَرَبِيعَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّالِثُ لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ ^(١٠) . وَلِأَنَّهُ اسْتَبْرَأَ

١٣٢/٨

(٢) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ عِدَّةِ الْأَمَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْعَدَدِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٢٥٠/٧ .

(٣) فِي ١ ، م : ٥ : قَوْلِي ٤ .

(٤) فِي ١ ، ب ، م : ٥ : قَوْلِي ٤ .

(٥) أَخْرَجَهُمَا ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَا قَالُوا : كَمْ عِدَّةُ الْأَمَةِ إِذَا طَلَّقَتْ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُحْصَفِ ١٦٦/٥ ، ١٦٧ .

(٦-٦) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٨) سُورَةُ الطَّلَاقِ ٤ .

للأمة الآيسة بالشهور ، فكان ثلاثة أشهر ، كاستبراء الأمة إذا ملكها ، أو مات سيدها ، ولأن اعتبار الشهور ههنا للعلم ببراءة رجليها^(٩) ، ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشهر في الحرية والأمة جميعاً ؛ لأن الحمل يكون ثلثة أربعين يوماً ،^(١٠) وعلقة أربعين يوماً^(١١) ، ثم يصير مضعة ، ثم تحرك ، وتعلو بطن المرأة ، فيظهر الحمل ، وهذا معنى لا يختلف بالرق والحرية ، ولذلك كان استبراء الأمة في حق سيدها ثلاثة أشهر . ومن رد هذه الرواية قال : هي مخالفة لإجماع الصحابة ؛ لأنهم اختلفوا على القولين الأولين ، ومتى اختلف الصحابة على قولين ، لم يجوز إحداث قول ثالث ؛ لأنه يفضي إلى تحويلتهم ، وخروج الحق عن قول جميعهم ، ولا يجوز ذلك ، ولأنها معتدة لغير الحمل^(١٢) ، فكانت دون عدة الحرية ، كذات القروء^(١٣) المتوفى عنها زوجها .

فصل : واختلف^(١٤) عن أحمد في السن الذي يصير به المرأة من الآيسات ، فعنه : أوله خمسون سنة ؛ لأن عائشة قالت : لن ترى المرأة في بطنها ولداً بعد خمسين سنة . وعنه : إن كانت من نساء العجم فخمسون ، وإن كانت من نساء العرب فستون ؛ لأنهن أقوى طبيعة . وقد ذكر الزبير بن بكار ، في كتاب النسب ، أن هنداً بنت أبي عبيدة ابن عبد الله بن زمة^(١٥) ، ولدت موسى بن عبد الله بن حسن بن حسن^(١٦) بن علي بن أبي طالب ولها ستون سنة . وقال : يقال : إنه لن يلد بعد خمسين سنة إلا عريضة ، ولا يلد

(٩) في م : : الرحم .

(١٠) سقط من : ١ .

(١١) في ا ، ب ، م : : الحمل .

(١٢) في م : : القروء .

(١٣) أي النفل .

(١٤) في ب : : ربعة . وتقدم في : ٤٤٦/١ .

(١٥) في ب : : حسن . . تصحح ما تقدم في : ٤٤٦/١ إلى : موسى بن عبد الله بن حسن بن حسن . وانظر المسألة في : مقاتل الطالبين ٣٩٠ ، زهر الآداب ٨٩/١ . ولم ترد في نسب قريش لمصعب الذي بين أيدينا ، وورد نسبة فيه . انظر ٤٩٥-٥٠٦ .

لِسِتِّينَ الْاَفْرِشِيَّةَ . وَلِلشَافِعِيِّ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُعْتَبَرُ السَّنُّ الَّذِي يُتَيَقَّنُ أَنَّهَا ^(١٦) إِذَا بَلَغَتْهُ
 لَمْ تَحِيضْ . قَالَ بَعْضُهُمْ : / هُوَ اثْنَانِ وَسِتُّونَ سَنَةً . وَالثَّانِي ، يُعْتَبَرُ السَّنُّ الَّذِي يَبْسُ
 فِيهِ نِسَاءُ عَشِيرَتِهَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ نِسَاءَهَا كَتَشْيِهِنَّ ، وَطَبَعَهَا كَطَبْعِهِنَّ . وَالصَّحِيحُ ،
 إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، أَنَّهُ مَتَى ^(١٧) بَلَغَتِ الْمَرْأَةُ خَمْسِينَ سَنَةً ، فَانْقَطَعَ حَيْضُهَا عَنْ عَادَتِهَا
 مَرَاتٍ لَغَيْرِ سَبَبٍ ، فَقَدْ صَارَتْ آيِسَةً ؛ لِأَنَّ وُجُودَ الْحَيْضِ فِي حَقِّ هَذِهِ نَادِرٌ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ
 عَائِشَةَ ، وَقَلَّةِ وُجُودِهِ ، فَإِذَا انْضَمَّ إِلَى هَذَا انْقِطَاعُهُ عَنْ الْعَادَاتِ مَرَاتٍ ، حَصَلَ الْبَاسُ
 مِنْ وُجُودِهِ ، فَلَهَا حِينَئِذٍ أَنْ تَعْتَدَ بِالْأَشْهُرِ ، وَإِنْ انْقَطَعَ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ مَنْ
 ارْتَفَعَ حَيْضُهَا لَأَثَرِ مَا رَفَعَهُ . عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ رَأَتْ الدَّمَ بَعْدَ
 الْخَمْسِينَ ، عَلَى الْعَادَةِ الَّتِي كَانَتْ تَرَاهُ فِيهَا ، فَهُوَ حَيْضٌ ، فِي الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّ دَلِيلَ
 الْحَيْضِ الْوُجُودُ فِي زَمَنِ الْإِمْكَانِ ، وَهَذَا يُمَكِّنُ وُجُودَ الْحَيْضِ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ نَادِرًا .
 وَإِنْ رَأَتْهُ بَعْدَ السِّتِّينَ ، فَقَدْ تَيَقَّنَ أَنَّهُ لَيْسَ بِحَيْضٍ ؛ ^(١٨) لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ . قَالَ
 الْخِرَقِيُّ : وَإِذَا رَأَتْهُ بَعْدَ السِّتِّينَ ، فَقَدْ تَيَقَّنَ أَنَّهُ لَيْسَ بِحَيْضٍ ^(١٩) . فَعِنْدَ ذَلِكَ لَا تَعْتَدُ بِهِ ،
 وَتَعْتَدُ بِالْأَشْهُرِ ، كَالَّتِي لَا تَرَى دَمًا .

فصل : وَأَقَلُّ سِنٍّ تَحِيضُ فِيهِ الْمَرْأَةُ تِسْعُ سِنِينَ ؛ لِأَنَّ الْمَرْجِعَ فِيهِ إِلَى الْوُجُودِ ، وَقَدْ
 وَجِدَ مَنْ تَحِيضُ لِتِسْعِ . وَقَدْ رَوَى عَنِ الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ قَالَ : رَأَيْتُ جَدَّةً لَهَا إِخْدَى
 وَعِشْرُونَ سَنَةً ^(٢٠) . فَهَذِهِ إِذَا اسْقَطَتْ مِنْ عُمُرِهَا مَدَّةَ الْحَمْلَيْنِ فِي الْغَالِبِ عَامًا وَنِصْفًا ،
 وَقَسَمْتُ الْبَاقِيَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ ابْنَتِهَا ، كَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا قَدْ حَمَلَتْ لِلدُّنْيَا عَشْرَ سِنِينَ .
 فَإِنْ رَأَتْ دَمًا قَبْلَ ذَلِكَ ، فَلَيْسَ بِحَيْضٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِثْلُهَا مُتَكَرِّرًا ، وَالْمُعْتَبَرُ مِنْ ذَلِكَ
 مَا تَكَرَّرَ ثَلَاثَ مَرَاتٍ فِي حَالِ الصَّحَّةِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ ، فَلَا يُعْتَدُ بِهِ .

(١٦) في ١ ، ب ، م ، د : أنه .

(١٧) في الأصل : إذا .

(١٨-١٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٩) تقدم في ٤٤٧/١ . وقد ذكره البيهقي ، بإسناده عن الشافعي ، في : باب السن التي وجدت المرأة حاضت
 فيها ، من كتاب الحيض . السنن الكبرى ٣١٩/١ ، ٣٢٠ .

فصل : فَإِنْ بَلَغَتْ سِنًا تَحِيضُ فِيهِ النِّسَاءُ فِي الْغَالِبِ ، فَلَمْ تَحِضْ ، كَحَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ، فِي ظَاهِرِ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ^(٢٠) ، وَهُوَ قَوْلُ ^(٢١) أُنَى بَكْرٍ . ^(٢٢) وَهُوَ مَذْهَبُ ^(٢٣) أُنَى حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَضَعَفَ أَبُو بَكْرٍ الرُّوَايَةَ الْمُخَالَفَةَ لِهَذَا ، وَقَالَ : رَوَاهَا أَبُو طَالِبٍ ، فَخَالَفَ ^(٢٤) فِيهَا أَصْحَابَهُ ، وَذَلِكَ مَا رَوَى أَبُو طَالِبٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَعْتَدُّ سَنَةً . قَالَ / الْقَاضِي : هَذِهِ الرُّوَايَةُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ مَتَى أَتَى عَلَيْهَا زَمَانُ الْحَيْضِ فَلَمْ تَحِضْ ، صَارَتْ ^(٢٥) مُرْتَابَةً ، يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِهَا حَمْلٌ مَنَعَ حَيْضُهَا ، فَيَجِبُ أَنْ تَعْتَدَّ بِسَنَةٍ ، كَالَّتِي ارْتَفَعَ حَيْضُهَا بَعْدَ وُجُودِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِي يَمْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّذِي لَمْ يَحِضْ ﴾ ^(٢٦) ^(٢٧) وَهَذِهِ مِنَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ^(٢٨) ، وَلِأَنَّ الْاِعْتِبَارَ بِحَالِ الْمُعْتَدَّةِ ، لَا بِحَالِ غَيْرِهَا ، وَلِهَذَا لَوْ حَاضَتْ قَبْلَ بُلُوغِ سِنٍ يَحِيضُ لِعِثْلِهِ النِّسَاءُ فِي الْغَالِبِ ، مِثْلَ أَنْ تَحِيضَ وَلَهَا عَشْرُ سِنِينَ ، اِعْتَدَّتْ بِالْحَيْضِ ، وَفَارَقَتْ مَنْ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا ^(٢٩) وَلَا تَذَرِي مَا رَفَعَهُ ^(٣٠) ؛ فَإِنَّهَا مِنْ ذَوَاتِ الْقُرُوءِ ^(٣١) ، وَهَذِهِ لَمْ تَكُنْ مِنْهُنَّ .

١٣٤٤ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَإِذَا طَلَّقَهَا طَلَّاقًا يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةُ ، وَهِيَ أَمَةٌ ، فَلَمْ تَقْضِ عِدَّتُهَا حَتَّى اِعْتَقَتْ ^(١) ، بَنَتْ عَلَى عِدَّةِ حُرَّةٍ . وَإِنْ طَلَّقَهَا طَلَّاقًا لَا يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةُ ^(٢) ، فَأَعْتَقَتْ ، اِعْتَدَّتْ عِدَّةَ أَمَةٍ)

(٢٠-٢١) في ١ ، ب : ٥ وقول ٤ .

(٢١-٢٢) في ب : ٥ ومذهب ٤ .

(٢٢) في ١ ، م : ٥ فخالص ٤ .

(٢٣) في الأصل ، ب : ٥ حصلت ٤ .

(٢٤) سورة الطلاق ٤ .

(٢٥-٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٦-٢٧) سقط من : ب .

(٢٧) في ١ : ٥ الأقرء ٤ .

(١) في ب : ٥ أعقها ٤ .

(٢) في ١ ، م : ٥ رجعة ٤ .

هذا قول الحسن، والشَّعْبِيّ، والضُّحَّاك، وإسحاق، وأصحاب الرُّاي. وهو^(٣)
أحد أقوال الشافعي. والقول الثاني، تُكْمَلُ عِدَّةُ أُمَةٍ، سواء كانت بائناً أو رجعيةً. وهو
قول مالك، وأبي ثور؛ لأنَّ الحرَّيةَ طَرَأَتْ بعدَ وُجُوبِ العِدَّةِ عليها، فلا يُعْتَبَرُ حُكْمُهَا،
كما لو كانت بائناً. أو كما لو طَرَأَتْ بعدَ وُجُوبِ الاستبراء، ولأنَّه معنى يَحْتَلِفُ بالرُّقِّ
والحرِّيةِ، فكان الاعتبارُ بحالةِ الوُجُوبِ، كالحَدِّ. وقال عطاء، والزَّهْرِيُّ، وقنادة:
ثَبَّتِي على عِدَّةٍ حُرَّةٍ بِكُلِّ حَالٍ. وهو القول الثالثُ للشافعي؛ لأنَّ سَبَبَ العِدَّةِ الكَامِلَةِ
إِذَا وُجِدَ في أثناءِ العِدَّةِ، انْتَقَلَتْ إليها وإن كانت بائناً، كما لو اغْتَدَّتْ بالشُّهُورِ ثم رأت
الدَّمَ. ولنا، أنَّها إِذَا أُغْتَقِتْ^(٤) وهي رَجْعِيَّةٌ، فقد وَجِدَتْ الحرَّيةَ، وهي زَوْجَةٌ تُعْتَدُّ
عِدَّةَ الوَفَاةِ لو مات، فَوَجَبَ أَنْ تُعْتَدَّ عِدَّةُ الحرائِرِ، كما لو أُغْتَقِتْ قَبْلَ الطَّلَاقِ. وإن
أُغْتَقِتْ وهي بائِنٌ، فلم تُوجَدْ الحرَّيةُ في الزَّوْجِيَّةِ، فلم تَجِبْ عليها عِدَّةُ الحرائِرِ، كما لو
أُغْتَقِتْ بعدَ مُضِيِّ القُرْعَيْنِ. ولأنَّ^(٥) الرُّجْعِيَّةَ تُنْتَقِلُ إلى عِدَّةِ الوَفَاةِ لو مات، فتُنْتَقِلُ إلى
عِدَّةِ الحرائِرِ، والبائِنُ لا يُنْتَقِلُ إلى عِدَّةِ الوَفَاةِ، فلا تُنْتَقِلُ إلى عِدَّةِ الحرائِرِ، كما لو انْقَضَتْ
عِدَّتُهَا. وما ذكرناه لِمَالِكٍ يَطْلُبُ بما إِذَا مات زَوْجُ الرُّجْعِيَّةِ، فإنَّها تُنْتَقِلُ إلى عِدَّةٍ / ١٣٣/٨ ط
الوَفَاةِ، والفرقُ بَيْنَ ما نَحْنُ فِيهِ وَبَيْنَ ما إِذَا حَاضَتِ الصَّغِيرَةُ، أَنَّ الشُّهُورَ بَدَلٌ عَنِ
الْحَيْضِ، فَإِذَا وُجِدَ الْمُبْدَلُ، زَالَ حُكْمُ الْمُبْدَلِ، كَالْمُتِمِّمِ بِجَدِّ الْمَاءِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ
هَهُنَا، فَإِنَّ عِدَّةَ الْأُمَةِ لَيْسَتْ بِبَدَلٍ، وَلِذَلِكَ ثَبَّتِي الْأُمَةَ عَلَى مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا اتِّفَاقًا،
وَإِذَا حَاضَتِ الصَّغِيرَةُ اسْتَأْنَفَتِ الْعِدَّةَ فَافْتَرَقَا^(٦)، وَتَخَالَفَ الْاِسْتِبْرَاءُ؛ فَإِنَّ الْحُرِّيَّةَ لَوْ
قَارَنْتُ سَبَبَ وَجُوبِهِ، لَمْ تُكْمَلْ، أَلَا تَرَى أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ إِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا عَتَقَتْ^(٧) لِمَوْتِهِ،
وَوَجَبَ الْاِسْتِبْرَاءُ، كَمَا يَجِبُ عَلَى التَّيِّ لَمْ تُعْتَقِ، وَلِأَنَّ الْاِسْتِبْرَاءَ لَا يَحْتَلِفُ بِالرُّقِّ
وَالْحُرِّيَّةِ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا.

(٣) في م : وهذا .

(٤) في الأصل ، ب ، م : عتقت .

(٥) في م نهادة : عدة .

(٦) في ا ، م : فافترق .

(٧) في ا : فأعتقت .

فصل : إذا عَقَقَتِ الأُمَةُ ثَحْتَ العَيْدِ ، فاختارتْ نَفْسَهَا ، اغتَدَتْ عِدَّةَ الحُرَّةِ ؛ لأنها بائثٌ من زَوْجِها وهى حُرَّةٌ . وقد رَوَى الحسنُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، أَمَرَ بِرَبْرَةِ أَنْ تَعْتَدَ عِدَّةَ الحُرَّةِ^(٨) . وإن طَلَّقَهَا العَبْدُ طَلَاً رَجْعِيًّا ، فَأَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا ، بَثَّتْ عَلَى عِدَّةِ الحُرَّةِ ، سواءَ فَسَخَتْ ، أو أَقَامَتْ عَلَى النِّكَاحِ ؛ لأنها عَقَّتْ فى عِدَّةِ رَجْعِيَّةٍ . وإن لم تَفْسَخْ ، فَرَجَعَهَا فى عِدَّتِهَا ، فلها الخيارُ بعدَ رَجْعَتِهَا ،^(٩) فإن اختارتِ الفَسْخَ قَبْلَ المَمِيسِ ، فهل تُسْتَأْنَفُ العِدَّةُ ، أم تُبْنَى عَلَى ما مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا ؟ . عَلَى وَجْهَيْنِ^(١٠) . فإن قُلْنَا : تُسْتَأْنَفُ . فَإِنَّهَا تُسْتَأْنَفُ عِدَّةَ حُرَّةٍ . وإن قُلْنَا : تُبْنَى . بَثَّتْ عَلَى عِدَّةِ حُرَّةٍ .

١٣٤٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَلَّقَهَا وَهِيَ مُمَّنٌ قَدْ حَاضَتْ ، فَارْتَفَعَ خَيْضُهَا ، لَا تُدْرِي مَا رَفَعَهُ ، اغتَدَتْ سِتَّةً)

وجملة ذلك ، أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ، وهى من ذَوَاتِ الْأَفْرَاءِ ، فلم تَرَ الْخَيْضَ فى عَادَتِهَا ، ولم تُدْرِ مَا رَفَعَهُ ، فَإِنَّهَا تَعْتَدُ سِتَّةً ؛ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ مِنْهَا تَتَرَبَّصُ فِيهَا لِتَعْلَمَ بَرَاءَةَ رَجْعِهَا ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْمُدَّةَ هِىَ غَالِبُ مُدَّةِ الْحَمْلِ ، فَإِذَا لَمْ يَبَيِّنِ الْحَمْلُ^(١١) فِيهَا ، عَلِمَ بَرَاءَةُ الرَّجْمِ ظَاهِرًا ، فَتَعْتَدُ بِعِدَّةِ الْإِسَابِ ، ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ . هَذَا قَوْلُ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . قال الشافعى : هذا قضاءُ عَمَرَ بَيْنَ الْمُهاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ ، لَا يَنْكِرُهُ مِنْهُمْ مُنْكَرٌ عَلِمْنَاهُ . وبه قال مالكٌ ، والشافعى فى أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ الْحَسَنِ . وقال الشافعى ، فى قَوْلِ آخَرَ : تَتَرَبَّصُ أَرْبَعَ سِنِينَ ، أَكْثَرَ مُدَّةِ الْحَمْلِ ، ثُمَّ تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْمُدَّةَ هِىَ الَّتِى يَتَيَقَّنُ بِهَا بَرَاءَةُ رَجْعِهَا ، فَوَجَبَ اعْتِبَارُهَا اخْتِطَاطًا . وقال فى الجَدِيدِ : تَكُونُ فى عِدَّةٍ أَبَدًا ، حَتَّى تَحِيضَ ، أَوْ تُبْلَغَ سِنُ الْإِتْمَانِ ، تَعْتَدُ حِينَئِذٍ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ . وهذا قولُ / جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَطَاوُسٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنُّعْمَانِ ،

(٨) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣٦١/١ . وانظر ما تقدم فى : ٧٠ ، ٦٩/١٠ .

(٩-٩) سقط من : ب .

(١٠) سقط من : الأصل .

والزهرى ، وأبى الزناد ، والثوري ، وأبى عبيد ، وأهل العراق ؛ لأن الاعتداد بالأشهر جعل بعد الإياس ، فلم يجز قبله ، وهذه ليست آيسة ، لأنها ترجو عود الدم ، فلم تعتد بالشهور ، كما لو تباعد خيضها العارض . ولنا ، الإجماع الذى حكاه الشافعى ، ولأن الغرض بالاعتداد معرفة براءة رَجِيعها ، وهذا تحصل به براءة رَجِيعها ، فاكفَى به ، ولهذا اكفَى فى حق ذات القُرء بثلاثة قُرء ، وفى حق الآيسة بثلاثة أشهر ، ولو روى اليقين ، لا غبر أقصى مدة الحمل ، ولأن عليها فى تطويل العدة ضررا ، فإنها تمنع من الأزواج ، وتُخس دائما ، ويتضرر الزوج بإيجاب السكنى والتفقة عليه . وقد قال ابن عباس : لا تطولوا عليها الشقة ، كفاها تسعة أشهر . فإن قيل : فإذا مضت تسعة أشهر ، فقد علم براءة رَجِيعها ظاهرا ، فلم اعتبرت ثلاثة أشهر بعدها ؟ قلنا : الاعتداد بالقُرء والأشهر إنما يكون عند عدم الحمل ، وقد تجب العدة مع العلم ببراءة الرَجِيع ، بدليل ما لو علّق طلاقها بوضع الحمل ، فوضعت ، وقَعَ الطلاق ، ولم يمتها العدة .

فصل : فإن عاد الحيض إليها فى السنة ، ولو فى آخرها ، لزمها الاتيقال إلى القُرء ؛ لأنها الأصل ، فبطل بها حكم البذل . وإن عاد بعد مضيها ونكاحها ، لم تعد إلى القُرء ؛ لأن عدتها انقضت ، وحكمتا بصحة نكاحها ، فلم تبطل ، كما لو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر ، وتزوجت ، ثم حاضت . وإن حاضت بعد السنة ، وقبل نكاحها ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تعود ؛ لأن العدة انقضت بالشهور ، فلم تعد ، كالصغيرة . والثانى ، تعود ؛ لأنها^(١) من ذوات القُرء ، وقد قدرت على التبذل قبل تعلّق حق رُوج بها ، فلزمها العود ، كما لو حاضت فى السنة .

١٣٤٦ - مسألة : قال (: وإن كانت أمة ، اعتدت بأحد عشر شهرا ، تسعة أشهر للحمل ، وشهران للعدة)

(٢) سقط من : ب .

هذه المسألة مُبَيَّنَةٌ عَلَى أَصْلَيْنِ ، أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْحُرَّةَ تَعْتَدُ سِتَّةً ، إِذَا ارْتَفَعَ حَيْضُهَا لَا تُذَرَى مَا رَفَعَهُ . الثَّانِي ، أَنَّ عِدَّةَ الْأُمَةِ الْآيِسَةِ شَهْرَانِ ، فَتَرَبُّصُ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ الْحَمْلِ تَسَاوَى فِيهَا الْحُرَّةُ وَالْأُمَةُ ، لَكَوْنُهُ أَمْرًا حَقِيقِيًّا ، فَإِذَا يَمَسَّتْ مِنَ الْحَمْلِ ، اِعْتَدْتُ عِدَّةً ^(١) الْآيِسَةِ شَهْرَيْنِ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الَّتِي جَعَلَ عِدَّتُهَا شَهْرًا وَنِصْفًا ، تَكُونُ عِدَّتُهَا / عَشْرَةَ أَشْهُرٍ وَنِصْفًا . وَمَنْ جَعَلَهَا ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ ، فَعِدَّتُهَا سِتَّةٌ كَالْحُرَّةِ ، سَوَاءٌ ^(٢) .

١٣٤٧ - مسألة : قَالَ : (وَإِنْ عَرَفْتَ مَا رَفَعَ الْحَيْضَ ، كَانَتْ فِي عِدَّةٍ حَتَّى يَعُودَ الْحَيْضُ ، فَتَعَدِّيهِ ، إِلَّا أَنْ تُصِيرَ مِنَ الْآيِسَاتِ ، فَتَعَدِّي بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ تُصِيرُ فِي عِدَادِ الْآيِسَاتِ)

أَمَّا إِذَا عَرَفْتَ أَنَّ ^(١) ارْتِفَاعَ الْحَيْضِ بِعَارِضٍ ^(٢) ، مِنْ مَرَضٍ ، أَوْ نَفَاسٍ ، أَوْ رَضَاعٍ ، فَإِنَّهَا تَنْتَظِرُ زَوَالَ الْعَارِضِ ، وَعِدَّةُ الدَّمِ وَإِنْ طَالَ ، إِلَّا أَنْ تُصِيرَ فِي سِينِ الْإِيَّاسِ ^(٣) ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . ^(٤) فَتَعَدِّي جَيِّدٌ ^(٥) عِدَّةَ الْآيِسَاتِ . وَقَدْ رَوَى الشَّافِعِيُّ ، فِي «مُسْنَدِهِ» ^(٦) بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَبَّانَ بْنِ مُتَقِدٍ ، أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلْقًا وَاحِدَةً ، وَكَانَتْ ^(٧) لَهَا مِنْهُ بَيِّنَةٌ تَرْضِعُهَا ، فَبَاعَدَ حَيْضُهَا ، وَمَرَضَ حَبَّانُ ، فَقِيلَ لَهُ : إِنَّكَ إِنْ مِتَّ وَرَيْتُكَ . فَمَضَى إِلَى عَثْمَانَ ، وَعِنْدَهُ عَلَى وَزْنِ بْنِ ثَابِتٍ ، فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ عَثْمَانُ لَعَلِّي

(١) فِي ب ، م : : مِلَّةٌ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَهْلِ .

(٤) فِي ب : : لِعَارِضٍ .

(٥) فِي ب ، م : : الْيَاسِ .

(٦-٤) فِي م : : فَعِنْدَ ذَلِكَ تَعَدِّي .

(٥) انْظُرْ : الْبَابَ الْخَامِسَ فِي الْعِدَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ ، مِنْ تَرْجِمِ الْمُسْنَدِ ٥٨/٢ .

كَأَنَّهُ أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ عِدَّةٍ مِنْ تَبَاعُدِ حَيْضِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْعِدَّةِ . السَّنَنِ الْكِبَرَى ٤١٩/٧ . وَحَدِّدَ

الرِّزَالِيُّ ، فِي : بَابِ تَعَدِّي أَقْرَاعِهَا ، مَا كَانَتْ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفِ ٣٤٠/٦ ، ٣٤١ .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : : وَكَانَ .

وزيد : ما تريان ؟ فقالا : نرى أنها إن مائت ورثها ، وإن مات ورثته ، لأنها ليست من
القواعد اللأبي^(٧) فيستن من المَحِيض ، ولا من الأَبْكَارِ اللأبي^(٨) لم يُلْغَنَ الْمَحِيضُ .
فَرَجَعَ حَبَّانُ إِلَى أَهْلِهِ ، فَاتْتَرَعَ الْبَيْتَ مِنْهَا ، فَعَادَ إِلَيْهَا الْحَيْضُ ، فَحَاضَتْ حَيْضَتَيْنِ ،
وَمَاتَ حَبَّانُ قَبْلَ الْإِقْضَاءِ الثَّالِثَةِ ، فَوَرَّثَهَا عُمَانُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَرَوَى الْأَثَرُ ،
بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ ، أَنَّهُ كَانَتْ عِنْدَ جَدِّهِ امْرَأَتَانِ ؛ هَاشِمِيَّةٌ ،
وَأَنْصَارِيَّةٌ ، فَطُلَّقَ الْأَنْصَارِيَّةُ وَهِيَ مُرْضِعٌ ، فَمَرَّتْ بِهَا سَنَةٌ ، ثُمَّ هَلَكَ وَلَمْ تَحِضْ ، فَقَالَتْ
الْأَنْصَارِيَّةُ : لَمْ أَحِضْ . فَاتَّخَذَ صَمُوعًا إِلَى عُمَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَضَى لَهَا بِالْمِيرَاثِ ،
فَلَامَتِ الْهَاشِمِيَّةُ عُمَانَ ، فَقَالَ : هَذَا عَمَلُ ابْنِ عَمَلِكِ ، هُوَ أَشَارَ عَلَيْنَا بِهَذَا . يَغْنَى عَلَى
ابْنِ أَبِي طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٩) .

١٣٤٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ حَاضَتْ حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ ، ثُمَّ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا
لَا تَدْرِي مَا رَفَعَهُ ، لَمْ تَنْقُضْ عِدَّتَهَا إِلَّا^(١٠)) بَعْدَ سَنَةٍ^(١١) مِنْ وَقْتِ^(١٢) الْإِقْطَاعِ الْحَيْضِ)

وذلك لما رَوَى عَنْ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ ، فِي رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فَحَاضَتْ
حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ ، فَارْتَفَعَ حَيْضُهَا ، لَا تَدْرِي مَا رَفَعَهُ : تَجْلِسُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ ، فَإِذَا^(١٣) لَمْ

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨) أخرجه الإمام مالك ، في : باب طلاق المريض ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٧٢/٢ . والبيهقي ، في : باب
عدة من تباعد حيضها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤١٩/٧ . والإمام الشافعي ، انظر : الباب الخامس في
العدة ، من كتاب الطلاق ، من ترتيب المسند ٥٨/٢ ، ٥٩ . وعبد الرزاق ، في : باب تعدد أفرعها ما كانت ، من
كتاب الطلاق . المصنف ٣٤١/٦ ، ٣٤٢ . وسعيد بن منصور ، في : باب المرأة تطلق تطليقة أو تطليقتين ، من
كتاب الطلاق . السنن ٣٠٨/١ . وابن أبي شيبه ، في : باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته فترتفع حيضها ، من كتاب
الطلاق . المصنف ٢١٠/٥ ، ٢١١ .

(١) في الأصل زيادة : من هـ .

(٢-٢) في ب ، م ؛ بعد هـ .

(٣) في الأصل : فإن هـ .

يَسْتَتِرُ بِهَا حَمْلٌ ، تُعْتَدُ بِثَلَاثَةِ^(٤) أَشْهُرٍ^(٥) ، فَذَلِكَ سَنَةٌ . وَلَا تَعْرِفُ لَهُ مُخَالَفًا . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : قَضَى بِهِ عَمْرُ بْنُ الْمَاجَرِينَ وَالْأَنْصَارِيُّ ، وَلَمْ^(٦) يَنْكِزْهُ مُنْكَرٌ . وَقَالَ الْأَثَرِيُّ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ، يُسْأَلُ عَنِ الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ، فَحَيْضُ حَيْضَةٍ ، ثُمَّ يَرْتَفِعُ حَيْضُهَا . قَالَ : أَذْهَبَ إِلَى حَدِيثِ عَمْرِ إِذَا رَفَعَتْ^(٧) حَيْضَتَهَا فَلَمْ تَلِدْ مِمَّا ارْتَفَعَتْ ، فَإِنَّهَا تَنْتَظِرُ سَنَةً . قِيلَ لَهُ : فَحَاضَتْ دُونَ السَّنَةِ . فَقَالَ : / تَرْجِعُ إِلَى الْحَيْضِ^(٨) . قِيلَ لَهُ^(٩) : فَإِنْ ارْتَفَعَتْ حَيْضَتُهَا أَيْضًا لَا تَلِدُ مِمَّا ارْتَفَعَتْ ؟ قَالَ : تُعْتَدُ سَنَةٌ أُخْرَى . وَهَذَا قَوْلُ كُلِّ مَنْ وَاقَفْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهَا لَمَّا ارْتَفَعَتْ حَيْضَتُهَا ، حَصَلَتْ مُرْتَابَةً ، فَوَجِبَ أَنْ تَنْتَقِلَ إِلَى الْاِعْتِدَادِ بِسَنَةٍ ، كَمَا لَوْ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا حِينَ طَلَّقَهَا ، وَوَجِبَ عَلَيْهَا سَنَةٌ كَامِلَةٌ ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ لَا تُتَبْنَى عَلَى عِدَّةٍ أُخْرَى ، وَلِذَلِكَ^(١٠) لَوْ حَاضَتْ حَيْضَةٌ أَوْ حَيْضَتَيْنِ ، ثُمَّ يَحْسَتْ ، انْتَقَلَتْ إِلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ كَامِلَةٍ ، وَلَوْ اِعْتَدَتْ الصَّغِيرَةُ شَهْرًا أَوْ شَهْرَيْنِ ، ثُمَّ حَاضَتْ ، انْتَقَلَتْ إِلَى ثَلَاثَةِ قُرُوءٍ .

فصل : فَإِنْ كَانَتْ^(١١) عَادَةُ الْمَرْأَةِ أَنْ يَتْبَاعَدَ مَا بَيْنَ حَيْضَتَيْهَا ، لَمْ تُنْقَضِ عِدَّتُهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيضٍ وَإِنْ طَالَتْ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَمْ يَرْتَفِعْ حَيْضُهَا ، وَلَمْ تَتَأَخَّرْ عَنْ عَادَتِهَا ،

(٤) فِي ب : ثَلَاثَةٌ .

(٥) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ جَامِعِ عِدَّةِ الطَّلَاقِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُوطَأُ ٥٨٢/٢ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ عِدَّةٍ مِنْ تَبَاعُدِ حِيضِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْعِدَّةِ . السُّنَنِ الْكُبْرَى ٤١٩/٧ ، ٤٢٠ . وَالْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ ، أَنْظَرَ : الْبَابِ الْخَامِسَ فِي الْعِدَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ ، مِنْ تَرْتِيبِ الْمُسْتَدْرَكِ ٥٨/٢ . وَجَدَ الرِّزْقِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَرْأَةِ يَحْسِبُونَ أَنَّ يَكُونُ الْحَيْضُ قَدْ أَدْبَرَ عِنْتُهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَصْنُفُ ٣٣٩/٦ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَا قَالُوا فِي الرَّجُلِ يَطْلُقُ الْمَرْأَةَ فَرْتَفِعُ حَيْضَتُهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَصْنُفُ ٢٠٩/٥ .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : لَا .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : رَفَعَتْ .

(٨) فِي أ ، م : الْحَيْضَةُ .

(٩) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(١٠) فِي ب : وَكَذَلِكَ .

(١١) فِي ب : كَانَ .

فهى من ذَوَاتِ الْقُرْءِ ، بَاقِيَةٌ عَلَى عَادَتِهَا ، فَأَشْبِهَتْ مَنْ لَمْ يَتَبَاعَدْ حَيْضُهَا . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا مُخَالَفًا .

فصل : في عِدَّةِ الْمُسْتَحَاضَةِ ؛ لَا تَحُلُوْا إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَهَا حَيْضٌ مَّحْكُومٌ بِهِ بِعَادَةٍ أَوْ تَمَيُّيزٍ ، أَوْ لَا تَكُونَ كَذَلِكَ ، فَإِنْ كَانَ لَهَا حَيْضٌ مَّحْكُومٌ بِهِ بِذَلِكَ ، فَحُكْمُهَا فِيهِ حُكْمُ غَيْرِ الْمُسْتَحَاضَةِ ، إِذَا مَرَّتْ لَهَا ثَلَاثَةُ قُرْءٍ ، فَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا . قَالَ أَحْمَدُ : الْمُسْتَحَاضَةُ تَعْتَدُ أَيَّامَ أَقْرَائِهَا الَّتِي كَانَتْ تُعْرِفُ . وَإِنْ عَلِمَتْ ^(١٢) أَنَّهَا فِي كُلِّ شَهْرٍ حَيْضَةٌ ، وَلَمْ تَعْلَمْ مَوْضِعَهَا ، فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ . وَإِنْ شَكَّتْ فِي شَيْءٍ ، تَرَبُّصَتْ حَتَّى تَسْتَقِيْنَ أَنَّ الْقُرْءَ الثَّلَاثَ قَدْ انْقَضَتْ . وَإِنْ كَانَتْ مُبْتَدَأَةً لَا تَمَيُّيزَ لَهَا ، أَوْ نَاسِيَةً لَا تُعْرِفُ لَهَا وَقْتُهَا وَلَا تَمَيُّيزًا ، فَعَنْ أَحْمَدَ فِيهَا رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ عِدَّتَهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ . وَهُوَ قَوْلُ عِكْرِمَةَ ، وَقَتَادَةَ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ حَمْنَةَ بِنْتَ جَحْشٍ أَنْ تَجْلِسَ فِي كُلِّ شَهْرٍ سِتَّةَ أَيَّامٍ أَوْ سَبْعَةً ^(١٣) . فَجَعَلَ لَهَا حَيْضَةً فِي كُلِّ شَهْرٍ ^(١٤) تُشْرِكُ فِيهَا الصَّلَاةَ وَالصِّيَامَ ، وَيَتَبَيَّنُ فِيهَا سَائِرُ أَحْكَامِ الْحَيْضِ ، فَيَجِبُ أَنْ تُتَقَضِيَ بِهِ الْعِدَّةُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِ الْحَيْضِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، تَعْتَدُ سَنَةً بِمَنْزِلَةٍ مَنْ رُفِعَتْ ^(١٥) حَيْضَتُهَا لَا تُنْذَرُ مَا رَفَعَهَا . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا كَانَتْ قَدْ اخْتَلَطَتْ ، وَلَمْ تَعْلَمْ [قَبَالَ الدَّمِ وَإِدْبَارَهُ ، اِغْتَدَّتْ سَنَةً ؛ لِحَدِيثِ عُمَرَ ؛ لِأَنَّ بِهِ ^(١٦) يَتَبَيَّنُ الْحَمْلُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَتَيَقَّنْ لَهَا

(١٢) في ١ : عرفت .

(١٣) تقدم ترجمته ، في ١ : ٤٠٣ . ويزاد : وأخرجه ابن ماجه ، في : باب ما جاء في المستحاضة إذا اختلط عليها الدم ... من كتاب الطهارة وسنن ابن ماجه ٢٠٥/١ ، ٢٠٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨١/٦ ، ٣٨٢ . والحاكم ، في : كتاب الطهارة . المستدرک ١٧٢/١ ، ١٧٣ . والدارقطني ، في : كتاب الحيض . سنن الدارقطني ٢١٤/١ . والبيهقي ، في : باب المبتدئة لا تميز بين الدمين ، من كتاب الحيض . السنن الكبرى ٣٣٨/١ ، ٣٣٩ .

(١٤) في الهادة : ولأننا نحكم لها بحضة في كل شهر .

(١٥) في الأصل ، ١ : رفعتها . وفي ب : رفعها .

(١٦) سقط من : م ، ١ .

١٣٥/٨ ط خِيَضًا ، مع أنَّها من ذَوَاتِ الْقُرْوءِ ، فَكَانَتْ عِدَّتُهَا / سَنَةً ، كَالَّتِي ارْتَفَعَ خِيَضُهَا .
وعلى الرواية الأولى ، يَتَبَيَّنُ أَنْ يُقَالَ : إِنَّمَا مَتَى حَكَمْنَا بِأَنَّ خِيَضَهَا سَبْعَةُ أَيَّامٍ مِنْ كُلِّ
شَهْرٍ ، فَمَضَى لَهَا شَهْرَانِ بِالْهَلَالِ وَسَبْعَةُ أَيَّامٍ مِنْ أَوَّلِ الثَّالِثِ ، فَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا .
وإن قُلْنَا : الْقُرْءُ الْأَطْلَهُارُ . فَطَلَّقَهَا فِي آخِرِ شَهْرٍ ، ثُمَّ مَرَّ لَهَا شَهْرَانِ وَهَلَّ الثَّالِثُ ،
انْقَضَتْ عِدَّتُهَا . وهذا مذهب الشافعي .

١٣٤٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ طَلَّقَهَا وَهِيَ مِنَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْ ، فَلَمْ تَنْقُضْ
عِدَّتُهَا بِالشُّهُورِ حَتَّى حَاضَتْ ، اسْتَقْبَلَتِ الْعِدَّةَ بِثَلَاثِ حِيضٍ إِنْ كَانَتْ حُرَّةً ،
وَبِحِيضَتَيْنِ إِنْ كَانَتْ أَمَةً)

وجعلته أَنَّ الصَّغِيرَةَ الَّتِي لَمْ تَحِضْ ، أَوْ الْبَالِغَةَ^(١) الَّتِي لَمْ تَحِضْ ، إِذَا اعْتَدَتْ
بِالشُّهُورِ ، فَحَاضَتْ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا وَلَوْ بِسَاعَةٍ ، لَزِمَهَا اسْتِنْفَاءُ الْعِدَّةِ . فِي قَوْلِ
عَامَّةِ عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ ، مِنْهُمْ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَقَتَادَةُ ،
وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحْمِي ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو
عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الرُّأْيِ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ ، وَأَهْلُ الْبَصْرَةِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الشُّهُورَ يَدُلُّ عَنْ
الْحِيضِ ، فَإِذَا وَجَدَ الْمُبْدِلُ بَطَلَ حَكْمِ الْبَدَلِ ، كَالْتِمِصِ مَعَ الْمَاءِ . وَيَلْزَمُهَا أَنْ تَعْتَدَ
بِثَلَاثِ حِيضٍ إِنْ قُلْنَا : الْقُرْءُ الْحِيضُ . وَإِنْ قُلْنَا : الْقُرْءُ الْأَطْلَهُارُ . فَهَلْ تَعْتَدُ بِمَا مَضَى
مِنَ الطَّهْرِ قَبْلَ الْحِيضِ قُرْءًا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَعْتَدُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ طَهْرٌ انْتَقَلَتْ مِنْهُ إِلَى
حِيضٍ ، فَأَشْبَهَ الطَّهْرَ بَيْنَ الْحِيضَتَيْنِ . وَالثَّانِي ، لَا تَعْتَدُ بِهِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْقُرْءَ هُوَ الطَّهْرُ بَيْنَ حِيضَتَيْنِ ، وَهَذَا لَمْ يَتَقَدَّمْهُ حِيضٌ ، فَلَمْ يَكُنْ قُرْءًا .
فَأَمَّا إِنْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِالشُّهُورِ ، ثُمَّ حَاضَتْ بَعْدَهَا وَلَوْ بِلَحْظَةٍ ، لَمْ يَلْزَمْهَا اسْتِنْفَاءُ
الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى حَدَثَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، كَالَّتِي حَاضَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بِزَمَنِ
طَوِيلٍ ، وَلَا يُمَكِّنُ مَنَعُ هَذَا الْأَصْلِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ صَحَّ مَنَعُهُ ، لَمْ يَحْصُلْ لِمَنْ لَمْ تَحِضْ
الْإِعْدَادُ بِالشُّهُورِ بِحَالٍ .

فصل : وَلَوْ حَاضَتْ خِيَضَةً أَوْ حِيضَتَيْنِ ، ثُمَّ صَارَتْ مِنَ الْإِسَاتِ ، اسْتَأْنَفَتْ

(١) لِي : ١ : ٥ : الْبَالِغَةُ .

العِدَّة بثلاثة أشهر ؛ لأنَّ العِدَّة لا تُلَفَّق من جنسَيْن ، وقد تَعَدَّر إثمَامُها بِالْحَيْضِ ، فَوَجَبَ تَكْمِيلُها بِالْأَشْهُرِ . وإنْ ظَهَرَ بِها حَمْلٌ مِنَ الزَّوْجِ ، سَقَطَ حُكْمُ ما مَضَى وَتَبَيَّنَ^(٢) أَنَّ ما رَأَتْهُ مِنَ الدَّمِ لم يَكُنْ حَيْضًا ؛ لأنَّ الحَامِلَ لا يَحِيضُ . ولو حَاضَتْ ثَلَاثَ حِيضٍ ، ثُمَّ ظَهَرَ بِها حَمْلٌ لأَقْلَ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ انْقَضَتْ الحِيضَةُ الثَّالِثَةُ ، تَبَيَّنَ أَنَّ الدَّمَ لَيْسَ بِحَيْضٍ ؛ لِأَنَّها / كَانَتْ حَامِلًا مَعَ رُؤْيَا الدَّمِ ، وَالْحَامِلُ لا يَحِيضُ . ولو حَاضَتْ ثَلَاثَ حِيضٍ ، ثُمَّ ظَهَرَ بِها حَمْلٌ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ حَدَثًا بَعْدَ قَضَاءِ الْعِدَّةِ ، بَأَن تَأْتِيَ بِهِ^(٣) لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ فَرَعَتْ مِنْ عِدَّتِها ، لم تَلْحَقْ بِالزَّوْجِ ، وَحُكْمُنَا بِصِحَّةِ الْاِغْتِدَادِ ، وَكَانَ هَذَا الْوَلَدُ حَدَثًا . وَإِنْ أَثَبَتْ بِهِ لِدُونِ ذَلِكَ ، تَبَيَّنَ أَنَّ الدَّمَ لَيْسَ بِحَيْضٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَجُودُهُ فِي مُدَّةِ الْحَمْلِ .

١٣٦/٨

فصل : وإذا اِزْتَابَتِ الْمُعْتَدَّةُ ، وَمَعْنَاهُ أَنْ تَرَى أَمَارَاتِ الْحَمْلِ ؛ مِنْ حَرَكَةٍ أَوْ نَفْخَةٍ وَغَيْرِهَا^(٤) ، وَشَكَّتْ هَلْ هُوَ حَمْلٌ أَمْ لَا ؟ فَلَا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُها ، أَنْ تُحَدِّثَ بِهَا^(٥) الرِّبَةَ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِها ، فَإِنَّمَا تَبْقَى فِي حُكْمِ الْاِغْتِدَادِ حَتَّى تَزُولَ الرِّبَةُ ، فَإِنْ بَانَ حَمْلًا ، انْقَضَتْ عِدَّتُها بِوَضْعِهِ ، فَإِنْ زَالَتْ وَبَانَ أَنَّهُ لَيْسَ بِحَمْلٍ ، تَبَيَّنَ أَنَّ عِدَّتِها انْقَضَتْ بِالْقُرْءِ أَوْ الشُّهُورِ . فَإِنْ زَوَّجَتْ قَبْلَ زَوَالِ الرِّبَةِ ، فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّها تَزَوَّجَتْ وَهِيَ فِي حُكْمِ الْمُعْتَدَّاتِ فِي الظَّاهِرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذَا تَبَيَّنَ عَدَمُ الْحَمْلِ ، أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّها تَزَوَّجَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِها . الثَّانِي ، أَنْ تُظْهَرَ الرِّبَةُ بَعْدَ قَضَاءِ عِدَّتِها وَالتَّزْوُجِ ، فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ بَعْدَ قَضَاءِ الْعِدَّةِ ظَاهِرًا ، وَالْحَمْلُ مَعَ الرِّبَةِ مُشْكُوكٌ فِيهِ ، فَلَا يُزَوَّلُ بِهِ مَا حُكِمَ بِصِحَّتِهِ ، لَكِنْ ، لَا يَحِلُّ لَزْوُجِها وَطَوُّها ؛ لِأَنَّا شَكَكْنَا فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ لِمَنْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَسْقَى

(٢) فِي الْأَصْلِ ، م ، : وَتَبَيَّنَ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ا ، ب .

(٤) فِي ا : وَغَيْرِهَا .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، ا ، م ، : بِهِ .

مائة زرع غيره ، ثم تنظر ؛ فإن وضعت الولد لأقل من سبعة أشهر منذ تزوجها الثاني ووطئها ، فنكاحه باطل ، لأنه نكحها وهي حايض ، وإن أثبت به لأكثر من ذلك ، فالولد لأحق به ، ونكاحه صحيح . الحال الثالث ، ظهرت الرية بعد قضاء العدة وقبل النكاح ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يحل لها أن تزوج ، وإن تزوجت فالنكاح باطل ؛ لأنها تزوج مع الشك في انقضاء العدة^(٦) ، فلم يصح ، كما لو وجد الرية في العدة ، ولأننا لو صححنا النكاح ، لوقع موقوفاً ، ولا يجوز كون النكاح موقوفاً ، ولهذا لو أسلم وتخلفت امرأته في الشريك ، لم يجوز أن يتزوج أختها ؛ لأن نكاحها يكون موقوفاً على إسلام الأولى . والثاني ، يحل لها النكاح ، ويصح ؛ لأننا حكمنا بانقضاء العدة ، وحل النكاح ، وسقوط النفقة والسكنى ، فلا يجوز زوال ما حكم به بالشك^(٧) الطارىء ، ولهذا لا يتقضى الحاكم ما حكم به بتغير اجتهاده ورجوع الشهود .

فصل : وإذا طلق واحدة من نسائه لا يعينها ، / أخرجت بالقرعة ، وعليها العدة دون غيرها ، وتحسب^(٨) عدتها من حين طلق ، لا من حين القرعة . وإن طلق واحدة بعينها وأنسيها ، ففي قول^(٩) أصحابنا ، الحكم فيها كذلك . والصحيح أنه يحرم عليه الجميع ، فإن مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الأجلين ، من عدة الطلاق والوفاة ؛ لأن النكاح كان ثابتاً بينين ، وكل واحدة منهن^(١٠) يجوز أن تكون هي^(١١) المطلقة^(١٢) ، وأن تكون زوجة ، فوجب أقصى الأجلين إن كان الطلاق بائناً ، ليسقط الفرض بينين ، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عتيها ، لزمه أن يصلي خمس صلوات ، لكن^(١٣)

(٦) في ١ : عدتها .

(٧) في ب ، م : الشك .

(٨) في الأصل : ويجب .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) في ١ ، ب : منهما .

(١١) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٢) في ب نادرة : ويجوز .

(١٣) في م : ولكن .

ابتداء القُرْوِ^(١٤) من حين طَلَّقَ ، وابتداء عِدَّةِ الْوَفَاةِ من حين الْمَوْتِ . وهذا مذهب الشافعي . وإن طَلَّقَ الجميع ثلاثاً بعد ذلك ، فعليهنَّ كلهنَّ تَكْبِيلُ عِدَّةِ الطَّلَاقِ من حين طَلَّقَهُنَّ^(١٥) . وإن طَلَّقَ ثلاثاً وأُتِيَيهُنَّ ، فهو كما لو طَلَّقَ واحدةً .

١٣٥٠ - مسألة : قال : (وَلَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَهُوَ حُرٌّ أَوْ عَبْدٌ ، قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ ، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا لِتَمَامِ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرِ ، إِنْ كَانَتْ حُرَّةً ، وَلِتَمَامِ شَهْرَيْنِ وَخَمْسَةِ أَيَّامٍ ، إِنْ كَانَتْ أَمَةً)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ عِدَّةَ الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ غَيْرِ ذَاتِ الْحَمْلِ مِنْ وَفَاةِ زَوْجِهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرَ ، مَدْخُولًا بِهَا أَوْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا ، سَوَاءً كَانَتْ كَبِيرَةً بَالِغَةً أَوْ صَغِيرَةً لَمْ تَبْلُغْ ؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾^(١٦) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تَجِدَ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثَ ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا^(١٧) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٨) . فَإِنْ قِيلَ : إِلَّا حَمَلَتْهُمُ الْآيَةُ عَلَى الْمَدْخُولِ بِهَا ، كَمَا قُلْتُمْ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾^(١٩) . قُلْنَا : إِنَّمَا أَحْصَيْنَا هَذِهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يَبْتَغِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾^(٢٠) . وَلَمْ يَرِدْ تَخْصِيصُ عِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَلَا أَمَكْنَ قِيَاسُهَا عَلَى الْمُطَلَّاقَةِ فِي التَّخْصِيصِ لَوُجْهِينِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ عَمَرٌ ، فَإِذَا مَاتَ انْتَهَى ، وَالشَّيْءُ إِذَا انْتَهَى تَقَرَّرَتْ أَحْكَامُهُ ، كَتَقَرُّرِ أَحْكَامِ الصِّيَامِ بِدُخُولِ اللَّيْلِ ، وَأَحْكَامِ الْإِجَارَةِ

(١٤) في ب ، م : : القرء .

(١٥) في ا ، ب ، م ، نهادة : : ثلاثا .

(١٦) سورة البقرة ٢٣٤ .

(١٧) تقدم تخريجه ، في صفحة ١٩٣ .

(١٨) سورة البقرة ٢٢٨ .

(١٩) سورة الأحزاب ٤٩ .

بالتقصاها ، والعدة من أحكامه . الثاني ، أن المطلقة إذا أتت بولد يُمكن الزوج تكذيبها ونفيه باللعان ، وهذا / مُتَّعٍ في حق الميِّت ، فلا يؤمن أن تأتي بولد ، فليحق الميِّت نسبه ، وماله من يتفيه ، فاحتطنا بإيجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والميِّت في غير منزلها ، حفظاً لها . إذا ثبت هذا ، فإنه لا يُعتبر وجود الحيض في عدة الوفاة . في قول عامة أهل العلم . وحكى عن مالك ، أنها إذا كانت مذخولاً بها ، وجبت^(٥) أربعة أشهر وعشر فيها خيضة ، وأباحت الكتاب والسنة أولى ، لأنه^(٦) لو اعتبر الحيض في حقها ، لاعتبر ثلاثة قروء ، كالمطلقة . وهذا الخلاف يختص بذات القرء ، فأما الآيسة والصغيرة ، فلا خلاف فيهما^(٧) ، وأما الأمة المتوقفة عنها زوجها^(٨) ، فعدتها شهران وخمسة أيام . في قول عامة أهل العلم ؛ منهم سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وسليمان بن يسار ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وغيرهم ، إلا ابن سيرين ، فإنه قال : ما أرى عدة الأمة إلا كعدة الحرة ، إلا أن تكون قد مضت في ذلك سنة ، فإن السنة أحق أن تتبع . وأخذ بظاهر النص وعمومه . ولنا ، اتفاق الصحابة ، رضي الله عنهم ، على أن عدة الأمة المطلقة على النصف من عدة الحرة ، فكذلك عدة الوفاة .

فصل : والعشر المعتبرة في العدة هي عشر ليالٍ بأيامها ، فتجب عشرة أيام مع الليالي . وهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . وقال الأوزاعي : يجب عشر ليالٍ وتسعة أيام ؛ لأن العشر تستعمل في الليالي دون الأيام ، وإنما دخلت الأيام اللاتي في أثناء الليالي تبعاً . قلنا : العرب تغلب اسم التانيث في العدد خاصة على المذكر ، فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها ، كما

(٥) في ب ، م ، : واجب .

(٦) سقطت الواو من : الأصل .

(٧) في الأصل ، ب ، م ، : فيها .

(٨) سقطت من : أ ، ب .

قال الله تعالى لَزَكْرِيَّا : ﴿عَائِشَتُكَ إِلَّا تَكَلَّمِ الْنَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾^(٩) . يريدُ بِأَيَّامِهَا^(١٠) ، بدليل أنه قال في موضع آخر : ﴿عَائِشَتُكَ إِلَّا تَكَلَّمِ الْنَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا﴾^(١١) . يريدُ بِلَيَالِهَا . ولو نَدَرَ اعْتِكَافَ الْعَشْرِ الْأَخِيرِ مِنْ رَمَضَانَ ، لَزِمَهُ اللَّيَالِي وَالْأَيَّامُ . ويقول القائل : سِرْنَا عَشْرًا . يُرِيدُ اللَّيَالِي بِأَيَّامِهَا . فلم يَجُزْ نَقْلُهَا عَنْ الْعِدَّةِ إِلَى الْإِبَاحَةِ بِالشَّكِّ .

فصل : وإذا مات زَوْجُ الرَّجْعِيَّةِ ، اسْتَأْنَفَتْ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا^(١٢) ، بلا خلاف . وقال ابنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى ذَلِكَ . وذلك لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ يَلْحَقُهَا طَلَاqُهُ ، وَبِنَا لَهَا مِيرَاثُهُ ، فَاعْتَدَّتْ لِلْوَفَاةِ ، كغَيْرِ الْمُطَلَّاقَةِ . وإن مات مُطَلَّقُ الْبَائِنِ فِي عِدَّتِهَا ، بَنَتْ عَلَى عِدَّةِ الطَّلَاقِ ، إِلَّا أَنْ يُطَلَّقَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فَإِنَّهَا تَعْتَدُّ أَلْفَوْقَ الْأَجَلَيْنِ مِنْ عِدَّةِ الْوَفَاةِ أَوْ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ . نصَّ على هذا أَحْمَدُ . وبه قال الثَّوْرِيُّ ، وأبو حنيفة ، ومحمدُ بنُ الحَسَنِ . وقال مالِكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ الْمُنْذِرِ : تُبْنَى عَلَى عِدَّةِ الطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ وَلَيْسَتْ زَوْجَةً لَهُ ، لِأَنَّهَا بَائِنٌ مِنَ النِّكَاحِ ، فَلَا تَكُونُ مَنكُوحَةً . وَأَنَا ، أَنَّهَا وَارِثَةٌ لَهُ ، فَيَجِبُ عَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ ، كَالرَّجْعِيَّةِ ، وَتَلَزُمُهَا عِدَّةُ الطَّلَاقِ ؛ لما ذَكَرُوهُ فِي دَلِيلِهِمْ ، وَإِنْ مَاتَ الْمَرِيضُ الْمُطَلَّقُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِالْحَيْضِ ، أَوْ بِالشَّهْوَرِ ، أَوْ بَوْضْعِ الْحَمْلِ ، أَوْ كَانَ طَلَاqُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَيْسَ عَلَيْهَا عِدَّةُ لَمَوْتِهِ . وقال القاضي : عَلَيْهِنَّ عِدَّةُ الْوَفَاةِ إِذَا قُلْنَا : يَرِثُهُ . لِأَنَّهُنَّ يَرِثُهُ بِالزَّوْجِيَّةِ ، فَتَجِبُ عَلَيْهِنَّ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ، كما لو مات بَعْدَ الدُّخُولِ وَقَبْلَ^(١٣) قِضَاءِ الْعِدَّةِ . وَرواه أَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الَّتِي انْقَضَتْ عِدَّتُهَا . وَذكر ابنُ أُمَيٍّ مُوسَى فِيهَا رِوَايَتَيْنِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا لَا عِدَّةَ

(٩) سورة مريم ١٠ .

(١٠) في ب ، م : أَيَّامُهَا .

(١١) سورة آل عمران ٤١ .

(١٢) سقطت الواو من : ١ .

عليها ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ . وقال : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . وقال : ﴿ وَالَّذِي يَخُصِّنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّذِي لَمْ يَحْضَنْ ﴾ ^(١٣) . فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم ، ولأنها أجنبية تحل للأزواج ، ويحل للمطلق نكاح أختها وأربع سواها ، فلم تحب عليها عِدَّة لموته ، كما لو تزوجت ، وتخالف التي مات في عِدَّتِها ، فإنها لا تحل لغيره في هذه الحال ، ولم تنقض عِدَّتِها ، ولا تسلم أنها تَرْتُهُ ، فإنها لو وَرِثَتْه لأفضى إلى أن يَرِثَ الرجل ثمانى زوجات . فأنما إن تزوجت إحدى هؤلاء ، فلا عِدَّة عليها ، بغير خلاف نعلمه ، ولا تَرْتُهُ أيضا . وإن كانت المطلقة البائن لا تَرِثُ ، كالأمَةِ أو الحرة يُطَلِّقها العبدُ ، أو الذمِّيُّ يُطَلِّقها المسلمُ ، والمختلعة أو فاعلة ما يفسخ نكاحها ، لم تلزمها عِدَّة ، سواء مات زوجها في عِدَّتِها أو بعدها ، على قياس قول أصحابنا ، فهم عللوا نقلها إلى عِدَّة الوفاة بإزائها ، وهذه ليست وارثه ، فأشبهت المطلقة في الصحبة ، وأما المطلقة في الصحبة إذا كانت بائنا ، فمات زوجها ، فإنها تثنى على عِدَّة الطلاق / ، ولا تعتد للوفاة . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وابن المنذر . وقال الثوري ، وأبو حنيفة : عليها أطول الأجلين ، كما لو طلقها في مرض موته . ولنا ، قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . ولأنها أجنبية منه في نكاحه ، وميراثه ، والجل له ، ووقوع طلاقه ، وظهاره ، وتحل له أختها وأربع سواها ، فلم تعتد لوفاة ، كما لو انقضت عِدَّتِها . وذكر القاضي ، في المطلقة في المرض ، أنها ^(١٤) إذا كانت حاملا ، تعتد أطول الأجلين . وليس هذا بشيء ؛ فإن ^(١٥) وضع الحمل تنقضي به كل عِدَّة ، ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل ، على

١٣٨/٨

(١٣) سورة الطلاق : ٤ .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في م : لأن .

ما سنذكره في المسألة التي تلي هذه إن شاء الله تعالى .

١٣٥١ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ طَلَّقَهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ ، لَمْ تَنْقُضْ عِدَّتُهَا إِلَّا بِوَضْعِ الْحَمْلِ ، أَمَّا كَانَتْ أَوْ حُرَّةٌ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي جَمِيعِ الْأَعْصَارِ ، عَلَى أَنَّ الْمَطْلُقَةَ الْحَامِلَ تَنْقُضِي عِدَّتُهَا بِوَضْعِ حَمْلِهَا . وَكَذَلِكَ كُلُّ مُفَارِقَةٍ فِي الْحَيَاةِ . وَأَجْمَعُوا أَيْضًا عَلَى أَنَّ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ^(١) ، إِذَا كَانَتْ حَامِلًا ، أَجَلُهَا وَضْعُ حَمْلِهَا ، إِلَّا ابْنُ عَبَّاسٍ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ مِنْ وَجْهِ مُنْقَطِعٍ ، أَنَّهَا تُعْتَدُّ بِأَقْصَى الْأَجَلَيْنِ . وَقَالَ أَبُو السَّائِبِ بْنُ بَعْكَكٍ ، فِي حَيَاةِ النَّبِيِّ ﷺ ، فَرَدَّ عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ قَوْلَهُ ^(٢) . وَقَدْ رَوَى أَنَّ ^(٣) ابْنَ عَبَّاسٍ ^(٤) رَجَعَ إِلَى قَوْلِ الْجَمَاعَةِ لَمَّا بَلَغَهُ حَدِيثُ سُبَيْعَةَ ، وَكَرِهَ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، أَنْ تَنْكِحَ فِي دِمِهَا . وَيُحْكَى عَنْ حَمَّادٍ ، وَإِسْحَاقَ ، أَنَّ عِدَّتَهَا لَا تَنْقُضِي حَتَّى تُطَهَّرَ . وَأَبَى سَائِرُ أَهْلِ الْعِلْمِ هَذَا الْقَوْلَ ، وَقَالُوا : لَوْ وَضَعَتْ بَعْدَ سَاعَةٍ مِنْ وَفَاةِ زَوْجِهَا ، حَلَّ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ ، وَلَكِنْ ، لَا يَطْلُوها زَوْجُهَا حَتَّى تُطَهَّرَ مِنْ نِفَاسِهَا وَتُعْتَمِلَ ؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(٥) . وَرَوَى عَنْ أَبِي بِنِ كَعْبٍ ، قَالَ : قُلْتُ لِلنَّبِيِّ ﷺ : ﴿ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . لِلْمَطْلُوقَةِ ثَلَاثًا أَوْ لِلْمُتَوَفَّى ^(٦) عَنْهَا ؟ قَالَ : ^(٧) « هِيَ لِلْمَطْلُوقَةِ ثَلَاثًا ، وَلِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا » ^(٨) . وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ : مَنْ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بأبي الحديث بنامه في المسألة قريبا .

(٣) في م : ه عن ه .

(٤) في م نهادة : ه أنه ه .

(٥) سورة الطلاق ه .

ومن هنا إلى آخر الآية الذي سيأتي ، سقط من : الأصل ، ب ، نقل نظر .

(٦) في الأصل : ه وللمتوفى ه .

(٧) في نهادة : ه زوجها ه .

(٨-٨) سقط من : الأصل . والحديث أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١١٦/٥ .

شاء باهله أو لآعته ، أن الآية التي في سورة النساء القصصى : ﴿ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . نزلت بعد التي في سورة البقرة : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾ ^(٩) . يعنى أن هذه الآية هي الأخيرة ، فتقدم على ما خالفها من عموم الآية ^(١٠) المتقدمة ، ويخص بها عمومها . وروى عبد الله بن الأرقم ، أن سبيعة الأسلمية أخبرته ، أنها كانت تحت سعد بن حنولة / ، وتوفى عنها في حجة الوداع وهي حامل ، فلم تثشب أن وضعت حملها بعد وفاته ، فلما تلكت ^(١١) من نفاسها ، تجملت للخطاب ، فدخل عليها أبو السنايل بن يعكك ، فقال : مالى أراك متجملة ، لعلك ترجين النكاح ؟ إلك والله ما أنت بنا كح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشتر . قالت سبيعة : فلما قال لى ذلك ، جمعت على ثيابي حين أمسيت ، فأتيت رسول الله ﷺ ، فسألته عن ذلك ، فأفتاني بأنى قد حللت حين وضعت حملى ، فأمرنى بالتزويج ^(١٢) إن بدالى . متفق عليه ^(١٣) . وقال ابن عبد البر : هذا حديث صحيح ، قد جاء من وجوه شتى ، كلها ثابتة ، إلا ما روى عن ابن عباس ، وروى عن على من وجه منقطع . ولأنها معتدة حامل ، فتتقضى عدتها بوضعها كالمطلقة ، يحق له أن يعدة إنما شرعت لمعرفة برائتها من الحمل ، ووضعها أدل الأشياء على البراءة منه ، فوجب أن تنقضى به ^(١٤) العددة ، ولأنه لا خلاف فى بقاء العددة ببقاء الحمل ، فوجب أن تنقضى به ، كما فى حق المطلقة .

(٩) سورة البقرة ٢٣٤ . وانظر لأثر ابن مسعود تفسير القرطبي ١٧٥/٣ .

(١٠) فى ب ، م : ه الآيات .

(١١) تلكت من نفاسها : سلمات .

(١٢) فى النسخ : التزويج . والثبت من الصحيحين .

(١٣) أخرجه البخارى ، فى : باب حدثنى عبد الله بن محمد الجعفى ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى

١٠٣٤ ١٠٢/٥ . ومسلم ، فى : باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها بوضع الحمل ، من كتاب الرضاع .

صحيح مسلم ١١٢٢/٢

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى عدة الحامل ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٣٨/١ ، ٥٣٩ .

(١٤) سقط من : ب ، م .

فصل : وإذا كان الحمل واحدا ، انقضت العدة بوضعه ، وانفصال جميعه ، وإن ظهر بعضه ، فهي في عدتها حتى يتفصل باقيه ؛ لأنها لا تكون واحدة لحملها حتى ^(١٥) يخرج كله . وإن كان الحمل اثنين أو أكثر ، لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر ؛ لأن الحمل هو الجميع . هذا قول جماعة أهل العلم ، إلا أبا قلابة وعكرمة ، فإنهما قالا : تنقضى عدتها بوضع الأول ، ولا تزوج حتى تضع الآخر . وذكر ابن أبي شيبة ^(١٦) ، عن قتادة ، عن عكرمة ، أنه قال : إذا وضعت أحدهما ، فقد انقضت عدتها . قيل له : فتزوج ؟ قال : لا . قال قتادة : خصم ^(١٧) العبد . وهذا قول شاذ ، يخالف ظاهر الكتاب وقول أهل العلم ، والمعنى ، فإن العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل ، فإذا علم وجود الحمل ، فقد ثبت وجود الموجب للعدة ، وانقضت البراءة الموجبة لانقضائها ، ولأنها لو انقضت عدتها بوضع الأول ، لأبيح لها النكاح ، كما لو وضعت الآخر . فإن وضعت ولدا ، وشكت في وجود ثانيا ، لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة ، وتثبت أنها لم يبق معها حمل ؛ لأن الأصل بقاؤها ، فلا يزول بالشك .

١٣٥٢ - مسألة ؛ قال (: والحمل الذي تنقضى به العدة ، ما يتبين فيه / شيء ١٣٩/٨ من خلق الإنسان ، حرة كانت أو أمة)

وجملة ذلك ، أن المرأة إذا ألقت بعد فرقة زوجها شيئا ، لم يخل من خمسة أحوال ؛ أحدها ، أن تضع ما بان فيه خلق آدمي ، من الرأس واليد والرجل ، فهذا تنقضى به العدة ، بلا خلاف بينهم . قال ابن المنذر : أجمع كل من حفظ عنه من أهل العلم ، على أن عدة المرأة تنقضى بالسقط إذا علم أنه ولد ، ومن حفظ عنه ذلك ؛ الحسن ،

(١٥) في ١ : م ، ١ : ما لم .

(١٦) ل : باب من قال : إذا وضعت إحدهما فقد حلت ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٧٦/٥ .

(١٧) أي غلب .

وابن مبرين، وشريح، والشعبي، والنخعي، والزهرى، والثوري، وأبو حنيفة^(١)، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق. قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله: إذا نُكِسَ في الخلق الرابع؟ يعني تنقضي به العدة. فقال: إذا نُكِسَ في الخلق الرابع، فليس فيه اختلاف، ولكن إذا تَبَيَّنَ خَلْقُهُ^(٢) (هذا أدل). وذلك لأنه إذا بان فيه شيء من خلق آدمي، عُلِمَ أَنَّهُ حَمَلٌ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٣). الحال الثاني، أَلَقَتْ نُطْفَةً أَوْ دَمًا، لا تُدْرِي هَلْ هُوَ مَا يُحْلِقُ مِنْهُ الْآدَمِيُّ أَوْ لَا؟ فهذا لا يَتَعَلَّقُ بِهِ شَيْءٌ مِنَ الْأَحْكَامِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ وَلَدٌ، لا بِالْمُشَاهَدَةِ وَلَا بِالْبَيِّنَةِ. الحال الثالث، أَلَقَتْ مُضْغَةً لَمْ يَبَيَّنْ فِيهَا الْخَلْقَ، فَشَهِدَتْ ثِقَاتٌ مِنَ الْقَوَائِلِ، أَنَّ فِيهِ صُورَةَ خَفِيَّةً، بَانَ بِهَا أَنَّهَا خَلْقُ آدَمِيٍّ، فهذا في حُكْمِ الْحَالِ الْأَوَّلِ، لِأَنَّهُ قَدْ تَبَيَّنَ بِشَهَادَةِ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ أَنَّهُ وَلَدٌ. الحال الرابع، إِذَا أَلَقَتْ مُضْغَةً لَا صُورَةَ فِيهَا، فَشَهِدَتْ ثِقَاتٌ مِنَ الْقَوَائِلِ أَنَّهُ مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ، فَاسْتَخْلَفَ عَنْ أَحْمَدَ، فَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ أَنَّ عِدَّتَهَا لَا تُنْقَضِي بِهِ، وَلَا تُصِيرُ بِهِ أُمٌّ وَلَدٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبَيَّنْ فِيهِ خَلْقُ آدَمِيٍّ، فَأَشْبَهَ الدَّمَّ. وقد ذَكَرَ^(٤) هذا قولاً للشافعي، وهو اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ. ونقل الأثرم، عن أحمد، أَنَّ عِدَّتَهَا لَا تُنْقَضِي بِهِ، وَلَكِنْ تُصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ؛ لِأَنَّهُ مُشْكُوكٌ فِي كَوْنِهِ وَلَدًا، فَلَمْ يُحْكَمْ بِإِقْضَاءِ الْعِدَّةِ الْمُتَيَقِّنَةِ بِأَمْرِ مُشْكُوكٍ فِيهِ، وَلَمْ يَجْزِ بَيِّعُ الْأُمِّهِ الْوَالِدَةِ لَهُ مَعَ الشُّكِّ فِي رِقِّهَا، فَيَثْبُتُ كَوْنُهَا أُمٌّ وَلَدٍ اخْتِيَاطًا، وَلَا تُنْقَضِي الْعِدَّةُ اخْتِيَاطًا. ونقل حَنْبَلٌ، أَنَّهَا تُصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْعِدَّةَ، فَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا: عَلَى هَذَا تُنْقَضِي بِهِ الْعِدَّةُ. وهو قول الحسن. وظاهر^(٥) ١٣٩/٨ ط مذهب الشافعي؛ / لِأَنَّهُمْ شَهِدُوا بِأَنَّهُ خَلْقُ آدَمِيٍّ، أَشْبَهَ مَا لَوْ تَصَوَّرَ. والصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا لَيْسَ رَوَايَةً^(٦) فِي الْعِدَّةِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهَا، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لَهَا. الحال الخامس، أَنَّ نَضَعَ

(١) سقط من: ١، ب، م.

(٢-٢) في ١: وهذا أول.

(٣) سورة الطلاق ٤.

(٤) في ١: نقل.

(٥) في ب: وهذا ظاهر.

(٦) في ١، م: برواية.

مُضَعَّعة لا صورةَ فيها ، ولم تُشْهِدِ القَوَائِلُ بِأَنَّهَا مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ ، فهذا لا تنقضي به عِدَّةٌ ، ولا نصيرُ به أُمٌّ وَلِدٌ ؛ لَأَنَّهُ لم يَثْبُتْ كَوْنُهُ وَلَدًا بَيِّنَةً ولا مُشَاهِدَةً ، فَأُشْبِهَ الْعَلَقَةَ ، ولا^(٧) تنقضي العِدَّةُ بوضوح ما قبل المُضَعَّعة بحالٍ ، سواءً كان نُطْفَةً أو عِلْقَةً ، وسواءً قيل : إِنَّهُ مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ أو لم يُقَلْ . نصَّ عليه أَحْمَدُ ، فقال : أَمَّا إِذَا كَانَ عِلْقَةً ، فليس بشيءٍ ، إِنَّمَا هِيَ دَمٌ ، لا تنقضي به عِدَّةٌ ، ولا تُعْتَقُ بِهِ^(٨) أُمَّةٌ . ولا نعلمُ مخالفاً في هذا ، إِلا الحسنُ ، فَإِنَّهُ قال : إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا حَمْلٌ ، انْقَضَتْ بِهِ^(٩) الْعِدَّةُ ، وفيه العُرَّةُ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، وعليه الجمهورُ . وأقلُّ ما تنقضي به الْعِدَّةُ مِنَ الْحَمْلِ ، أَنْ تَضَعَهُ بَعْدَ ثَمَانِينَ يَوْمًا مِنْذُ امْتَكَنَتْ وَطُوتُهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « إِنْ خُلِقَ أَحَدُكُمْ لِيَجْمَعَ فِي بَطْنِ أُمِّهِ ، فَيَكُونَ نُطْفَةً أَرْبَعِينَ يَوْمًا ، ثُمَّ يَكُونُ عِلْقَةً مِثْلَ ذَلِكَ ، ثُمَّ يَكُونُ مُضَعَّعةً مِثْلَ ذَلِكَ »^(١٠) . ولا تنقضي الْعِدَّةُ بِمَا دُونَ الْمُضَعَّعةِ فَوَجِبَ أَنْ تَكُونَ بَعْدَ الثَّمَانِينَ ، فَأَمَّا مَا^(١١) بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فليس فيه إشكالٌ ؛ لَأَنَّهُ يَنْكَسُ^(١٢) فِي الْخَلْقِ الرَّابِعِ .

فصل : وأقلُّ مدَّةِ الْحَمْلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ ؛ لما رَوَى الْأَثَرُمُ ، بإسناده عن أبي الْأَسْوَدِ ، أَنَّهُ رَفَعَ إِلَى عَمْرٍ ، أَنَّ امْرَأَةً وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَهَمَّ عَمْرٌ بِرَجْمِهَا ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ : لَيْسَ لَكَ ذَلِكَ . قال الله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَتُ يُرَضِعُنَّ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾^(١٣) .

(٧) في ١ ، ب ، م ، د : فلا .

(٨) في ب : د : بها .

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب ذكر الملائكة ، من كتاب بدء الخلق ، وفي : باب حديثنا أبو الوليد ... من كتاب القدر ، للملائكة إلى جاعل في الأرض خليفة ﷺ ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب حديثنا أبو الوليد ... من كتاب القدر ، وفي : باب : ﴿ وَلَقَدْ سَبَقَتْ كَلِمَتُنَا لِعِبَادِنَا الْمُرْسَلِينَ ﴾ من كتاب التوحيد . صحيح البخاري ١٣٥/٤ ، ١٦١ ، ١٥٢/٨ ، ١٦٥/٩ . ومسلم ، في : باب كيفية خلق آدمي في بطن أمه ... من كتاب القدر . صحيح مسلم ٢٠٣٦/٤ . وأبو داود ، في : باب في القدر ، من كتاب السنة . سنن أبي داود ٥٣٠/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء أن الأعمال بالخواتيم ، من كتاب القدر . عارضة الأحوذى ٣٠١/٨ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في ١ ، ب ، م ، د : منكس .

(١٢) سورة البقرة ٢٣٣ .

وقال تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفَصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾^(١٧) . فحَوْلَانِ وَسِتَّةَ أَشْهُرٍ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ، لا رَجَمَ عليها . فَحَلَّى عَمْرُ سَبِيلَهَا ، وَوَلَدَتْ مَرَّةً أُخْرَى لَذَلِكَ الْحَدِّ^(١٨) . وَرَوَاهُ الْأَثَرُ أَيْضًا عَنْ عِكْرَمَةَ ، أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ قَالَ ذَلِكَ . قَالَ عَاصِمُ الْأَخْوَلُ : فَقُلْتُ لِعِكْرَمَةَ : إِنَّا بَلَّغْنَا أَنَّ عَلِيًّا قَالَ هَذَا^(١٩) . فَقَالَ عِكْرَمَةُ : لَا ، مَا قَالَ هَذَا إِلَّا ابْنُ عَبَّاسٍ . وَذَكَرَ ابْنُ قُتَيْبَةَ ، فِي « الْمَعَارِفِ »^(٢٠) ، أَنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ بْنَ مَرْوَانَ وَلَدَ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَغَيْرِهِمْ .

١٣٥٣ - مسألة : قال : (وَلَوْ طَلَّقَهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، فَلَمْ تَكْبَحْ حَتَّى آتَتْ بِوَلَدٍ بَعْدَ طَلَاقِهِ أَوْ مَوْتِهِ بِأَرْبَعِ سِنِينَ ، لِحَقِّهِ الْوَلَدُ ، وَالْقَضْتُ عِدَّتُهَا بِهِ)

ظاهر المذهب أن أقصى مدة الحمل أربع سنين . وبه قال الشافعي ، وهو المشهور عن مالك . / وروى عن أحمد ، أن أقصى مدته سنتان . وروى^(١) ذلك عن عائشة . وهو مذهب الثوري ، وأبي حنيفة ، لما روت جميلة بنت سَعْدٍ ، عن عائشة : لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل^(٢) . ولأن التقدير إنما يُعلم بتوقيف أو اتفاق ، ولا توقيف ههنا ولا اتفاق ، إنما هو على ما ذكرنا ،^(٣) وقد وجد ذلك ، فإن الضحاك بن مزاحم^(٤) ، وهريم بن خيَّان^(٥) ، حملت أم كل واحد منهما به سنتين^(٦) ، وقال الليث : أقصاه ثلاث

(١٣) سورة الأحقاف ١٥ .

(١٤) وأخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في أقل الحمل ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٢٢/٧ . وعبد الرزاق ، في : باب التي تضع لسته أشهر ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٤٩/٧ - ٣٥١ . وسعيد بن منصور ، في : باب المرأة تلد لسته أشهر ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٦/٢ .

(١٥) في ب زيادة : قال : .

(١٦) المعارف ٥٩٥ . وفيه : عبد الله بن مروان . خطأ .

(١) سقطت الواو من : الأصل ، ب .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في أكثر الحمل ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤٣/٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب المرأة تلد لسته أشهر ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٧/٢ .

(٣-٣) سقط من : ب .

(٤) ذكر ابن قتيبة ، أنه ولد وهو ابن ستة عشر شهرا . المعارف ٥٩٤ .

(٥) ذكر ابن قتيبة أيضا ، أنه حبل به أربع سنين ، ولذلك سمي هرا . المعارف ٥٩٥ .

سَيِّئِينَ ، حَمَلَتْ مَوْلَاً لِعَمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ثَلَاثَ سِنِينَ . وَقَالَ عَبَادُ بْنُ الْعَوَّامِ : خَمْسَ سِنِينَ . وَعَنِ الزُّهْرِيِّ قَالَ : قَدْ تَحْمِلُ الْمَرْأَةُ مِثَّ سَيِّئِينَ وَسِتِّعَ سَيِّئِينَ ، وَقَالَ أَبُو عُثَيْبٍ : لَيْسَ لَأَقْصَاهُ وَقْتُ يُوقَفُ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنْ مَا لَا نَصَّ فِيهِ ^(١) ، يُرْجَعُ فِيهِ إِلَى الْوُجُودِ ، وَقَدْ وَجَدَ الْحَمْلُ لِأَرْبَعٍ ^(٢) سَيِّئِينَ ، فَرَوَى الْوَلِيدُ بْنُ مُسْلِمٍ قَالَ : قُلْتُ لِلْمَلِكِ بْنِ أَرْسٍ : حَدِيثُ جَمِيلَةٍ بِنْتِ سَعْدٍ ، عَنْ عَائِشَةَ : لَا تُزِيدُ الْمَرْأَةَ عَلَى السَّتِينِ فِي الْحَمْلِ . قَالَ مَالِكٌ : سُبْحَانَ اللَّهِ ، مَنْ يَقُولُ هَذَا ؟ هَذِهِ جَارَتُنَا امْرَأَةُ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ^(٣) تَحْمِلُ أَرْبَعَ سِنِينَ قَبْلَ أَنْ تَلِدَ ^(٤) . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَقِيَّ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ^(٥) فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعَ سِنِينَ ^(٦) . وَقَالَ أَحْمَدُ : نِسَاءُ بَنِي عَجْلَانَ يَحْمِلْنَ أَرْبَعَ سِنِينَ ، وَامْرَأَةُ عَجْلَانَ حَمَلَتْ ثَلَاثَ بَطْنِينَ ، كُلُّ دَفْعَةٍ أَرْبَعَ سِنِينَ . وَيَقِيَّ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ ^(٧) الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ ^(٨) فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعَ سِنِينَ . وَهَكَذَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ نَجِيحٍ الْعُقَيْلِيُّ ، حَكَى ذَلِكَ أَبُو الْخَطَّابِ . وَإِذَا تَقَرَّرَ وَجُودُهُ ، وَجَبَّ أَنْ يُحْكَمَ بِهِ ، وَلَا يُزَادَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مَا وَجَدَ ، وَلَآنَ عَمَرَ ضَرَبَ لَامِرَةً الْمَقْضُودِ أَرْبَعَ سِنِينَ ، وَلَمْ يَكُنْ ^(٩) ذَلِكَ إِلَّا لِأَنَّهُ غَايَةُ الْحَمْلِ ، وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَثْمَانَ ، وَعَلِيٍّ ، وَغَيْرِهِمَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا وَلَدَتْ لِأَرْبَعِ سِنِينَ فَمَا ذُوْنَ ، مِنْ يَوْمٍ مَوْتٍ ^(١٠) الزَّوْجِ أَوْ طَلَاقِهِ ، وَلَمْ تُكُنْ تَزْوُجُحْ ، وَلَا أُطِلَتْ ، وَلَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِالْقُرْءِ ، وَلَا بَوَاضِ الْحَمْلِ ، فَإِنَّ الْوَلَدَ لَاحِقٌ ^(١١) بِالزَّوْجِ ، وَعِدَّتُهَا مُنْقَضِيَّةٌ بِهِ .

(٦) سقط من : م .

(٧) في الأصل ، ب : : أربع .

(٨-٨) سقط من : ب .

(٩) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في أكثر الحمل ، من كتاب المولد . السنن ٤٤٣/٧ .

(١٠) ذكر ابن قتيبة ، أن عمر بن عبد الله حمل به أكثر من ثلاث سنين ، فلما ولد كانت قد نبت أسنانه . المعارف

٥٩٥ .

(١١-١١) سقط من : الأصل . وفي ب : : الحسين « مكان : : الحسن » .

(١٢) في ب : : يكثر .

(١٣) في : : مات .

(١٤) في الأصل ، م : : لحي .

فصل : وإن أُنث بالولد^(١٥) بعد أربع^(١٦) سنين منذ مات ، أو بانث منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها إن كانت رجعية ، لم يلحقه ولدها ؛ لأننا نعلم أنها علقث به بعد زوال النكاح ، واليتيمة منه ، وكونها قد صارت منه أجنبية ، فأشبهت سائر الأجنيات . ومفهوم كلام الحرقي ، أن عدتها لا تنقضي به ؛ لأنه^(١٧) ينتفي عنه بغير إلعان^{١٤٠/٨} ، فلم تنقضي عدتها منه بوضعه ، كما لو أنث به لأقل / من ستة أشهر منذ نكحها . وقال^(١٨) أبو الخطاب : هل تنقضي به العدة ؟ على وجهين . وذكر القاضي أن عدتها تنقضي به ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه ولد يُمكن أن يكون منه بعد نكاحه ، بأن يكون قد وطئها بشبهة ، أو جدد نكاحها ، فوجب أن تنقضي به العدة ، وإن لم يلحق به ، كالولد المنفي باللعان ، وهذا فارق الذي أنث به لأقل من ستة أشهر ، فإنه ينتفي عنه يقيناً . ثم ناقضوا قولهم ، فقالوا : لو تزوجت في عدتها ، وأنث بولد لأقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثاني ، وأكثر من أربع سنين من حين بانث من الأول ، فالولد مُتَنَفٍ عنهما ، ولا تنقضي عدتها بوضعه عن واحد منهما . وهذا أصح ؛ فإن احتمال كونه منه ، لم يكف في إثبات نسب الولد منه ، مع أنه يثبت بمجرد الإمكان ، فلأن لا يكفي في انقضاء العدة الأولى وأخرى . وما ذكروه مُتَنَفٍ بما سلموه . وما ذكروه من الفرق بين هذا وبين الذي أنث به قبل^(١٩) ستة أشهر غير صحيح ؛ فإنه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة ، أو بنكاح غير هذا النكاح الذي أنث بالولد فيه ، فاستويا . وأما المنفي باللعان فإننا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة إليه ، ونفينا حكمه في^(٢٠) كونه منه بالنسبة إليها ، حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها ، وانقضاء عدتها من الأحكام المتعلقة بها دونه ، فثبت^(٢١) .

(١٥) - (١٥) في م : بعد أربع .

(١٦) في م : ثلاثة ؛ لا .

(١٧) سقطت الواو من م .

(١٨) في ب ، م : لأقل من .

(١٩) في ب : عن .

(٢٠) في الأصل : نعت .

فصل : وإن أقرت المرأة بانقيضاء عِدَّتِها بالقُرْءِ ، ثم أثت بوليدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فصاعداً من بعد انقيضائها ، لم يَلْحَقْ نُسْبُهُ بِالزَّوْجِ . وبه قال أبو حنيفة ، وابن سُرَيْج ، وقال مالك ، والشافعي : يَلْحَقْ به ، ما لم تَزَوَّجْ ، أو يُلْغُ أَرْبَعِ سِنِينَ . وكلام الخِرَقِيَّ يَحْتَمِلُ ذلك ؛ فَإِنَّهُ أَطْلَقَ قَوْلَهُ : إِذَا أَثَتَ بَوْلِيدٍ بَعْدَ طَلَاقِهِ أَوْ مَوْتِهِ بِأَرْبَعِ سِنِينَ لِحَقِّهِ الْوُلْدُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ وَلَدٌ يُمَكِّنُ كَوْنَهُ مِنْهُ ، وَلَيْسَ مَعَهُ مَنْ هُوَ أَوْلَى مِنْهُ ، وَلَا مَنْ يُسَاوِيهِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَلْحَقَ بِهِ ، كَمَا لَوْ أَثَتَ بِهِ بَعْدَ عَقْدِ النِّكَاحِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا أَثَتَ بِهِ بَعْدَ الْحُكْمِ بِقُضَاءِ عِدَّتِهَا ، وَجِلَّ النِّكَاحُ لَهَا بِمُدَّةِ^(٢١) الْحَمْلِ ، فَلَمْ يَلْحَقْ بِهِ ، كَمَا لَوْ أَثَتَ بِهِ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِوَضْعِ حَمْلِهَا لِمُدَّةِ الْحَمْلِ ، وَإِنَّمَا يُغَيَّرُ الْإِمْكَانُ مَعَ بَقَاءِ النِّكَاحِ أَوْ آثَارِهِ ، وَقَدْ زَالَ ذَلِكَ . وَإِنْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا^(٢٢) بِالشُّهُورِ ، ثُمَّ أَثَتَ بَوْلِيدٍ لِدُونِ أَرْبَعِ سِنِينَ ، لِحَقِّهِ نُسْبُهُ ؛ لِأَنَّهَا إِنْ^(٢٣) كَانَتْ تُدْعَى / الْإِبَاسَ ، تَبَيَّنَا كَذِبَهَا ، فَإِنْ مَنْ تَحْمِلُ لَيْسَتْ بِأَيِّسَةٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مِنَ اللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ ، أَوْ مُتَوَفَّى عَنْهَا ، لِحَقِّهِ وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ فِي حَقِّهَا مَا يُنَافِي كَوْنَهَا حَامِلًا .

١٤١/٨ د

فصل : وإذا مات الصغير الذي لا يُولَدُ لِمِثْلِهِ عَنْ زَوْجَتِهِ ، فَأَثَتَ بَوْلِيدٍ ، لَمْ يَلْحَقْهُ نُسْبُهُ ، وَلَمْ تَنْقُضِ الْعِدَّةُ بَوْضِعَهُ ، وَتُعْتَدُ^(٢٤) بِالأَشْهُرِ^(٢٥) . وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : إِنْ مَاتَ وَبِهَا حَمْلٌ ظَاهِرٌ ، اعْتَدَّتْ عَنْهُ بِالْوَضْعِ ، وَإِنْ ظَهَرَ الْحَمْلُ بِهَا بَعْدَ مَوْتِهِ ، لَمْ تُعْتَدْ بِهِ . وَقَدَرُوا عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الصَّبِيِّ مِثْلَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَفِيهِ بَعْدُ . وَهَكَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا تَزَوَّجَ بِامْرَأَةٍ ، وَذَحَلَ بِهَا ، وَأَثَتَ بَوْلِيدَ لِدُونِ^(٢٦) سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ عَقْدِ النِّكَاحِ ، فَإِنَّهَا لَا تُعْتَدُ بِوَضْعِهِ

(٢١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : ٥ : لَمَّةٌ .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : ١ ، م .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٦) فِي ب : ٥ : دُونَ .

عندنا ، وعنده تعتد به ، واحتج بقوله تعالى : ﴿ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . ولنا ، أن هذا حمل منفي عنه يقينا ، فلم تعتد بوضعه ، كما لو ظهر بعد موته ، والآية واردة في المطلقات ، ثم هي مخصوصة بالقياس الذي ذكرناه . إذا ثبت هذا ، فإن عدتها تنقضي بوضع الحمل من الوطء الذي علق به منه ، سواء كان هذا الولد ملحقا بغير الصغير ، مثل أن يكون من عقد فاسد ، أو وطء شبهة ، أو كان من زنى لا يلحق بأحد ؛ لأن العدة تجب من كل وطء ، فإذا وضعت اعتدت من الصبي بأربعة أشهر وعشر ؛ لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان . وإن كانت الفرقة في الحياة بعد الدخول ، كزوجة كبير دخل بها ، ثم طلقها ، وأنت بوليد لدون ستة أشهر منذ تزوجها ، فإنها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء . وكذلك إذا طلق الحصى المجبوب امرأته ، أو مات عنها ، فأنت بوليد ، لم يلحقه نسبه ، ولم تنقضي عدتها بوضعه ، وتنقضي به عدة الوطء ، ثم تستأنف عدة الطلاق ، أو عدة الوفاة ، على ما بيناه . وذكر القاضي أن ظاهر^(٢٧) كلام أحمد ، أن الولد يلحق به ؛ لأنه قد يتصور منه الإنزال ، بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزله . فعلى هذا القول يلحق به ؛ الولد ، وتنقضي به العدة . والصحيح أن هذا لا يلحق به ولد ؛ لأنه لم تجر به عادة ، فلا يلحق به ولدها ، كالصبي الذي لم يبلغ عشر سنين . ولو تزوج امرأة في مجلس الحاكم ، ثم طلقها في المجلس ،^(٢٨) أو تزوج المشرقي بالمهرية / ، ثم أنت بوليد لا يمكن أن يكون منه بعد اجتماعهما بمدة الحمل^(٢٩) ، فإنه لا يلحقه نسبه ، ولا تنقضي العدة بوضعه .

١٣٥٤ - مسألة : قال : (ولو طلقها ، أو مات عنها ، فلم تنقصر عدتها حتى تزوجت من أصابها ، فارق بينهما ، وبث على ما مضى من عدة الأول ، ثم استقبلت العدة من الثاني)

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨-٢٩) سقط من : ب .

وجملة الأمر أن المعتدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها ، إجماعاً ، أي عدة كانت ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَزَوِّجُوا عَقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِسْبُ أَجَلَهُ ﴾ ^(١) . ولأن العدة إنما اُغتيرت لمعرفة براءة الرحم ، لئلا يفضى إلى اختلاط المياه ، وامتزاج الأنساب . وإن تزوجت ، فالنكاح باطل ؛ لأنها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الأول ، فكان نكاحاً ^(٢) باطلاً ، كما لو تزوجت وهي في نكاحه ، ويجب أن يفرق بينه وبينها ، فإن لم يدخل بها ، فالعدة بحالها ، ولا تنقطع بالعقد الثاني ؛ لأنه باطل لا يصير به المرأة فراشاً ، ولا يستحق عليه بالعقد شيء ، وتسقط ^(٣) سكناها ونفقتها عن الزوج الأول ؛ لأنها ناشئ . وإن وطئها ، انقطعت العدة ، سواء علم التحريم أو جهله . وقال أبو حنيفة : لا تنقطع ؛ لأن كونها فراشاً لغير من له العدة لا يمنعها ، كما لو وطئ بشبهة ^(٤) وهي زوجة ، فإنها تعتد ، وإن كانت فراشاً للزوج . وقال الشافعي ^(٥) : إن وطئها عالماً بأنها معتدة ، وأنها ^(٦) تحرم ، فهو زان ، فلا تنقطع العدة بوطئه ؛ لأنها لا تصير به فراشاً ، ولا يلحق به نسب ، وإن كان جاهلاً أنها معتدة ، أو بالتحريم ، انقطعت العدة بالطء ؛ لأنها تصير به فراشاً ^(٧) ، والعدة تراؤ للاستبراء ، وكونها فراشاً ينافي ذلك ، فوجب أن يقطعها ، فأما طريائنه عليها ، فلا يجوز . ولنا ، أن هذا وطء بشبهة نكاح ، فتقطع به العدة ، كما لو جهل . وقولهم : إنها لا تصير به ^(٨) فراشاً . قلنا : لكنه لا يلحق نسب الولد الحادث من وطئه بالزوج الأول ، فهما شيان . إذا ثبت هذا ، فعليه فراقها ، فإن لم يفعل ، وجب التفريق بينهما ، فإن فارقها أو فرق بينهما ، وجب عليها

(١) سورة البقرة ٢٣٥ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) لم نأده : شيء ؛ خطأ .

(٤) في ب : لشبهة .

(٥) في م : القاضي .

(٦) في الأصل ، أ ، ب : وأنه .

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨) سقط من : ب .

أَنْ تُكْمِلَ عِدَّةَ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، وَعِدَّتُهُ وَجَبَتْ عَنْ وَطْءٍ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، فَإِذَا اكْتَمَلَتْ عِدَّةُ الْأَوَّلِ ، وَجَبَ عَلَيْهَا أَنْ تَعْتَدَ مِنَ الثَّانِي ، وَلَا تَتَدَاخَلَ الْعِدَّتَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ رَجُلَيْنِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَتَدَاخَلَانِ ، فَتَأْتِي بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ بَعْدَ مُفَارَقَةِ الثَّانِي ، تَكُونُ عَنْ بَقِيَّةِ عِدَّةِ الْأَوَّلِ وَعِدَّةٍ لِلثَّانِي ^(٩) ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ مَعْرِفَةُ بَرَاءَةِ الرَّجِيمِ ، وَهَذَا تَحْصُلُ بِهِ بَرَاءَةُ الرَّجِيمِ مِنْهَا ^(١٠) جَمِيعًا . وَلَنَا ، مَا رَوَى مَالِكٌ ^(١١) ، / ١٤٢/٨

عَنْ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَسَلِيمَانَ بْنِ يَسَارٍ ، أَنَّ طَلِيحَةَ كَانَتْ تَحْتَ رَشِيدِ الثَّقَفِيِّ ، فَطَلَّقَهَا ، وَنَكَحَتْ ^(١٢) غَيْرَهُ فِي عِدَّتِهَا ، فَضَرَبَهَا عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، وَضَرَبَ زَوْجَهَا ضَرْبَاتٍ بِمُحَقَّقَةٍ ، وَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا . ثُمَّ قَالَ : أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ فِي عِدَّتِهَا ، فَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا الَّذِي تَزَوَّجَهَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، ثُمَّ اعْتَدَتْ بِبَقِيَّةِ عِدَّتِهَا مِنْ زَوْجِهَا الْأَوَّلِ ، وَكَانَ خَاطِبًا مِنَ الْخُطَّابِ ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، ثُمَّ اعْتَدَتْ بِبَقِيَّةِ عِدَّتِهَا مِنَ الْأَوَّلِ ، ثُمَّ اعْتَدَتْ مِنَ الْآخِرِ ، وَلَا يَنْكِحُهَا أَبَدًا . وَرَوَى بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ قَضَى فِي الَّتِي تَزَوَّجَ فِي عِدَّتِهَا ، أَنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا ، وَلَهَا الصَّدَاقُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا ، وَتُكْمَلُ مَا أَفْسَدَتْ مِنْ عِدَّةِ الْأَوَّلِ ، وَتَعْتَدُ مِنَ الْآخِرِ ^(١٣) ، وَهَذَانِ قَوْلَا سَيِّدَيْنِ مِنَ الْخُلَفَاءِ ^(١٤) ، لَمْ يُعْرِفْ لِهَذَا فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفٌ ، وَلَأَنَّهُمَا حَقَّانِ مَقْصُودَانِ لَا ذَمِيمَيْنِ ، فَلَمْ يَتَدَاخَلَا ، كَالذَّيْمَيْنِ وَالْيَمِينَيْنِ ، وَلَأَنَّهُ خُبْسٌ يَسْتَحِقُّهُ الرَّجَالُ

(٩) ق ب ، م : : الثاني .

(١٠) ق ا ، ب ، م : : منهم .

(١١) ق : باب جامع ما لا يجوز من النكاح ، من كتاب النكاح . المطا ٣٦٢/٢ .

كما أخرجه الإمام الشافعي ، في : الباب الخامس في العدة ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٥٦/٢ ، ٥٧ .

وعبد الرزاق ، في : باب نكاحها في عدتها ، من كتاب الطلاق ٢١٠/٦ .

(١٢) ق م : : ونكحها .

(١٣) أخرجه البيهقي ، في : باب اجتماع العدتين ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤١/٧ . والإمام الشافعي ،

انظر : الباب الخامس في العدة ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٥٧/٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في المرأة

تزوج في عدتها ، من كتاب الطلاق . للمصنف ١٧٠/٥ .

(١٤) ق ا نهادة : : الراشدتين .

على النساء ، فلم يُجْز أن تكون المرأة في حَبْسِ رَجُلَيْنِ كَحَبْسِ الزَّوْجِيَّةِ^(١) .

١٣٥٥ - مسألة : قال : (وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّتَيْنِ)

يعنى للزوج الثاني أن يتزوجها بعد انقضاء^(١) العِدَّتَيْنِ . فأما الزوج الأول ، فإن كان طَلَّاقُهُ ثَلَاثًا ، لم تَحِلَّ له بهذا النكاح وإن وُطِئَ فيه ؛ لأنه نِكَاحٌ باطل ، وإن كان طَلَّاقُهُ دُونَ الثَّلَاثِ ، فله نِكَاحُهَا أيضًا بَعْدَ الْعِدَّتَيْنِ . وإن كانت رَجْعِيَّةً ، فله رَجْعُهَا في عِدَّتِهَا منه . وعن أحمد رواية أخرى ، أنها تُحْرَمُ على الزوج الثاني على التَّأْيِيدِ . وهو قول مالك ، وقديم قولَي الشافعي ؛ لقول عمر : لَا يَنْكِحُهَا أَبَدًا^(٢) . ولأنه اسْتَعَجَلَ الْحَقُّ قبل وَفْتِهِ^(٣) ، فَحَرَمَهُ في وَفْتِهِ ، كالوارِثِ إذا قَتَلَ مُورَثَهُ ، ولأنه يُفْسِدُ النَّسَبَ ، فيُوقِعُ التَّحْرِيمَ الْمُؤَبَّدَ ، كاللَّعَانِ . وقال الشافعي في الجديد : له نِكَاحُهَا بَعْدَ قِضَاءِ^(٤) عِدَّةِ الْأَوَّلِ ، وَلَا يُمْنَعُ من نِكَاحِهَا في عِدَّتِهَا منه ؛ لأنه^(٥) وَطِئَ يَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ ،^(٦) فَلَا يُمْنَعُ^(٧) من نِكَاحِهَا في عِدَّتِهَا منه ، كالوَطِئِ في النِّكَاحِ ، وَلِأَنَّ الْعِدَّةَ إِنَّمَا شَرَعَتْ حِفْظًا لِلنَّسَبِ ، وَصِيَانَةً لِلْمَاءِ ، وَالنَّسَبُ لَاحِقٌ بِهِ هُنَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ خَالَعَهَا ثُمَّ نَكَحَهَا في عِدَّتِهَا ، وَهَذَا حَسَنٌ^(٨) مُوَافِقٌ لِلنَّظَرِ . ولنا ، على إباحتها بعد العِدَّتَيْنِ ، أنه لَا يَحِلُّو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ تَحْرِيمُهَا^(٩) بِالْعَقْدِ ، أَوْ بِالْوَطِئِ في النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ، أَوْ بِمَا ، وَجَمِيعُ ذَلِكَ لَا يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ نَكَحَهَا بِلَا وَلِيٍّ وَوَطِئَهَا ، وَلأنَّهُ / لَوْ زَنَى بِهَا ، لَمْ تُحْرَمْ

ظ ١٤٢/٨

(١٥) في ب ، م : الزوجة .

(١٦) في الأصل ، أ : قضاء .

(١٧) تقدم في الصفحة السابقة .

(١٨) في أ : عمله .

(١٩) في م : انقضاء . وهو موافق لما في متن الحرق .

(٢٠) في م : ولأنه .

(٢١-٢٢) سقط من ب .

(٢٣) في الأصل ، ب : أحسن .

(٢٤) في أ : نحرها .

عليه على التأييد ، فهذا أولى ، ولأن آيات الإباحة عامة ، كقوله تعالى : ﴿ وَأَحِلُّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ ^(٩) . وقوله : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ ^(١٠) . فلا يجوز تخصيصها بغير دليل ، وما روي عن عمر في تحريمها ، فقد خالفه علي فيه ، وروي عن عمر ، أنه رجّع عن قوله في التحريم إلى قول علي ، فإن علياً قال : إذا انقضت عدتها ، فهو خاطب من الخطاب . فقال عمر : ردوها إلى الجاهلية إلى السنة . ورجّع إلى قول علي ^(١١) . وقياسهم يتطلّب بما إذا زنى بها ، فإنه قد استعجل وطأها ، ولا تحرم عليه على التأييد . ووجه تحريمها ^(١٢) قبل انقضاء ^(١٣) عدّة الثاني عليه قول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ ^(١٤) . ولأنه وطأ بنفسه به النسب ، فلم يجز النكاح في العدة منه ، كوطأ الأجنبية .

فصل : وكلّ معتدّة من غير النكاح الصحيح ، كالزانية ، والموطوءة بشبهة ، أو في نكاح فاسد ، فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطئ وغيره . والأولى حل نكاحها لمن هي معتدّة منه ، إن كان يلحقه نسب ولدها ؛ لأن العدة لحفظ مائه ، وصيانة نسبه ، ولا يضان ماؤه المحرم ^(١٥) عن مائه المحترم ، ولا يحفظ نسبه عنه ، ولذلك أيسح للمختلعة نكاح من خالعتها ، ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية ، لا يحل له نكاحها ؛ لأن نكاحها يفضي إلى اشتباه النسب ، فالواطئ كغيره ، في أن الولد لا يلحق بنسبه بواحد منهما .

(٩) سورة النساء ٢٤ .

(١٠) سورة المائدة ٥ .

(١١) أخرجه البيهقي ، في : باب الاختلاف في مهرها وتحريم نكاحها على الثاني ، من كتاب العدد . السنن الكبرى

٤٤١/٧ ، ٤٤٢ . وسعيد بن منصور ، في : باب من راجع امرأته وهو غائب ، من كتاب الطلاق . السنن

٣١٤/١ .

(١٢) في م نهادة : عليه .

(١٣) في ١ ، ب : قضاء .

(١٤) سورة البقرة ٢٣٥ .

(١٥) في الأصل ، م ، د : المحترم .

١٣٥٦ - مسألة : قال : (وَإِنْ أَنتَ يَوْلَدُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، أَرَى الْقَافَةَ ، وَالْحَقَّ بِمَنْ الْحَقُّوهُ مِنْهُمَا ، وَالْقَضَىٰ عِدَّتُهَا مِنْهُ ، وَاعْتَدْتُ لِلْآخِرِ)

وجعلته أنها إذا كانت حاملاً ، انقضت عِدَّتُهَا مِنْهُ ^(١) بوضوح حملها ؛ لقوله سبحانه : ﴿ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(٢) . ثم تنظر ؛ فإن كان يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي ، وهو أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِذَوْنِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْءِ الثَّانِي ، وَأَرْبَعِ سِنِينَ فَمَا دُونَهَا مِنْ فَرَاقِ الْأَوَّلِ ، فَإِنَّهُ يَلْحَقُ بِالْأَوَّلِ ، وَتَنْقُضِي عِدَّتُهَا ^(٣) مِنْهُ بِوَضْعِهِ ، ثُمَّ تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ عَنِ الثَّانِي . وَإِنْ أُمَكِّنَ كَوْنُهُ مِنَ الثَّانِي وَحْدَهُ ^(٤) دُونَ الْأَوَّلِ ، وهو أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَمَا زَادَ إِلَى أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْءِ الثَّانِي ، وَلَا كَثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْهُ بَائِثٌ مِنَ الْأَوَّلِ ، فَهُوَ مُلْحَقٌ ^(٥) بِالثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ ، فَتَنْقُضِي بِهِ عِدَّتُهَا مِنَ الثَّانِي ، ثُمَّ تُتِمُّ عِدَّةَ الْأَوَّلِ . وَتَقْدَمُ عِدَّةُ الثَّانِي هُنَا عَلَى عِدَّةِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ / الْحَمْلُ مِنْ إِنْسَانٍ وَالْعِدَّةُ مِنْ غَيْرِهِ . وَإِنْ أُمَكِّنَ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، وهو أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ وَطْءِ الثَّانِي ، وَلَا أَرْبَعِ سِنِينَ ، فَمَا دُونَهَا مِنْ يَتَوَاتَرِهَا مِنَ الْأَوَّلِ ، أَرَى الْقَافَةَ ، فَإِنَّ الْحَقَّقَةَ ^(٦) بِالْأَوَّلِ ، لِحَقِّقِ بِهِ ، كَالْوَأْمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ دُونَ الثَّانِي ، وَإِنْ أَلْحَقَّتْهُ بِالثَّانِي ، لِحَقِّقِ بِهِ ، وَكَانَ الْحُكْمُ كَالْوَأْمَكِّنِ كَوْنُهُ مِنَ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ . وَإِنْ ^(٧) أَشْكَلَ أَمْرُهُ عَلَى الْقَافَةِ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ قَافَةً ، لَزِمَهَا أَنْ تَعْتَدُ بَعْدَ وَضْعِهِ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ مِنَ الْأَوَّلِ ، فَقَدْ أَنتَ بِمَا عَلَيْهَا مِنْ عِدَّةِ الثَّانِي ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الثَّانِي ، فَعَلَيْهَا أَنْ تُكْمَلَ عِدَّةُ الْأَوَّلِ ، لِيَسْقُطَ الْفَرَضُ بَيِّنِينَ . فَأَمَّا الْوَلَدُ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَضِيعُ نَسَبُهُ ؛

١٤٣/٨ ر

(١) سقط من : ١ .

(٢) سورة الطلاق ٤ .

(٣) لى م نواة : ٥ به ٤ .

(٤) سقط من : م .

(٥) لى م : ٥ ملصق ٤ .

(٦) لى ا : ٥ الحفوة ٤ .

(٧) لى ب ، م : ٥ فإن ٤ .

لأنه لا دليل على نسيته إلى واحدٍ منهما ، فأشبه ما لو كان مَجْنُونًا ، لم يَنْتَسِبْ إلى واحدٍ منهما . وقال أبو عبد الله ابنُ حامدٍ : يَتْرُكُ حَتَّى يَبْلُغَ ، فَيَنْتَسِبُ إلى أَحَدِهِمَا ، وإنَّ الْحَقَّهَ الْقَافَةَ بِهِمَا ، لِحَقِّهِمَا . وَمُقْتَضَى الْمَذْهَبِ أَنَّ تَنْقِضَ عِدَّتِهَا بِهِمَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ نَسَبَهُ ثَبَتَ مِنْهَا ، كَمَا تَنْقِضِي عِدَّتِهَا بِهِ مِنَ الْوَاحِدِ الَّذِي يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهَا . وَإِنْ نَفَتْهُ الْقَافَةُ عَنْهُمَا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ أَشْكَلَ أَمْرُهُ ، وَتَعْتَدُ بَعْدَ وَضْعِهِ بِثَلَاثِ قُرُوءٍ ، وَلَا يَنْتَفِي عَنْهُمَا بِقَوْلِ الْقَافَةِ ؛ لِأَنَّ عَمَلَ الْقَافَةِ فِي تَرْجِيحِ أَحَدِ صَاحِبِي الْفِرَاشِ ، لَا فِي التَّنْفِي عَنْ الْفِرَاشِ كُلِّهِ ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ صَاحِبُ الْفِرَاشِ وَاحِدًا فَتَفْتَهُ ^(٨) الْقَافَةُ عَنْهُ ، لَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ بِقَوْلِهَا . فَأَمَّا إِنْ وَلَدَتْ لَدُونِ سَيِّئَةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْءِ الثَّانِي ، وَلَا أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ فِرَاقِ الْأَوَّلِ ، لَمْ يَلْحَقْ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَا تَنْقِضِي بِهِ عِدَّتِهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّهُ مِنْ وَطْءِ آخَرَ ، فَتَنْقِضِي بِهِ عِدَّتِهَا مِنْ ذَلِكَ الْوَطْءِ ، ثُمَّ تَبْنِي ^(٩) عِدَّةَ الْأَوَّلِ ، وَتَسْتَأْنِفُ عِدَّةَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَجَدَ مَا يَقْتَضِي عِدَّةَ ثَالِثَةٍ ، وَهُوَ الْوَطْءُ الَّذِي حَمَلَتْ مِنْهُ ، فَتَجِبُ عَلَيْهَا عِدَّتَانِ ، وَإِتْمَامُ الْعِدَّةِ الْأُولَى .

فصل : وَإِذَا تَزَوَّجَ مُعْتَدَّةٌ ، وَهِيَ عَالِمَانِ بِالْعِدَّةِ ، وَتَحْرِيمِ النِّكَاحِ فِيهَا ، وَوَطْئِهَا ، فَهِيَ زَانِيَانِ ، عَلَيْهِمَا حُدُّ الزَّوْنَى ، وَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَلَا يُلْحَقُهُ النَّسَبُ . وَإِنْ كَانَا جَاهِلَيْنِ بِالْعِدَّةِ ، أَوْ بِالتَّحْرِيمِ ، ثَبَتَ النَّسَبُ ، وَانْتَفَى الْحُدُّ ، وَوَجِبَ الْمَهْرُ . وَإِنْ عَلِمَ هُوَ دُونَهَا ، فَعَلَيْهِ الْحُدُّ وَالْمَهْرُ ، وَلَا نَسَبَ لَهُ . وَإِنْ عَلِمَتْ هِيَ دُونَهُ ، فَعَلَيْهَا الْحُدُّ ، وَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَالنَّسَبُ لِحَقِّهِ . وَإِنَّمَا ^(١٠) كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذَا نِكَاحٌ ^(١١) مُتَّفَقٌ عَلَى بَطْلَانِهِ ، فَأَشْبَهَ نِكَاحَ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ .

فصل : وَإِذَا خَالَعَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ ، أَوْ فَسَخَ نِكَاحَهُ ، فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي عِدَّتِهَا . / ط ١٤٣/٨
فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ،

(٨) فِي الْأَصْلِ ، ١ : ١ : فَتَتْ .

(٩) فِي ١ : ١ : تَسَمَّ .

(١٠) فِي الْأَصْلِ ، ١ : ١ : مَاتَ .

(١١) فِي ١ : ١ : النِّكَاحُ .

والحسن ، وقادة ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وشذ بعض المتأخرين ، فقال : لا يحل له نكاحها ، ولا يخطبها ؛ لأنها معتدة . ولنا ، أن العدة لحفظ نسبه ، وصيانة مائه ، ولا يضر ماؤه عن مائه إذا كانا من نكاح صحيح ، فإذا تزوجها ، انقطعت العدة ؛ لأن المرأة تصير فراشاً له بعقده ، ولا يجوز أن تكون زوجته ^(١٦) معتدة . فإن وطئها ، ثم طلقها ، لزمها عدة مستأنفة ، ولا شيء عليها من الأولى ؛ لأنها قد انقطعت وارفعت . وإن طلقها قبل أن يمسها ، فهل تستأنف العدة ، أو تبنى على ما مضى ؟ قال القاضي : فيه روايتان ؛ إحداهما ، تستأنف . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه طلاق لا يخلو من عدة ، فأوجب عدة مستأنفة ، كالأول . والثانية ، لا يلزمها استئناف عدة . وهو قول الشافعي ، ومحمد بن الحسن ؛ لأنه طلاق في نكاح قبل المسيس ، فلم يوجب عدة ، لعموم قوله سبحانه : ﴿ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ ^(١٧) . وذكر القاضي ، في كتاب الروايتين ، أنه لا يلزمها استئناف العدة ، رواية واحدة ، لكن يلزمها إتمام بقية العدة الأولى ؛ لأن إسقاطها يفضي إلى اختلاط البياض ، لأنه يتزوج امرأة ويوطئها ويخلعها ، ثم يتزوجها ويطلقها في الحال ، ويتزوجها الثاني ، في يوم واحد . فإن خلعها حاملاً ثم تزوجها حاملاً ، ثم طلقها وهي حامل ، انقضت عدتها بوضع الحمل ، على كلتا الروايتين ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، ولا تنقضي عدتها قبل ^(١٨) وضع حملها ، بغير خلاف نعلمه . وإن وضعت حملها قبل النكاح الثاني ، فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثاني ، بغير خلاف أيضاً ؛ لأنه نكحها بعد انقضاء ^(١٩) عدة الأول . وإن وضعت ^(٢٠)

(١٦) في م : زوجة .

(١٧) سورة الأحزاب : ٤٩ .

(١٨-١٤) في م : وضعها .

(١٥) في الأصل : قضاء .

(١٦) في ١ : وضعت .

بعد النكاح الثاني ، وقبل طلاقه ، فمن قال : يَلْزُمُهَا اسْتِثْنَاءُ عِدَّةٍ . أَوْجَبَ عليها الاعتدَادَ بعد طلاق الثاني بثلاثة قُرُوءٍ . وَمَنْ قال (١٧) : لا يَلْزُمُهَا اسْتِثْنَاءُ عِدَّةٍ . لم يُوجِبْ عليها ههنا عِدَّةٌ ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ الْأُولَى انْقَضَتْ بِوَضْعِ الْحَمْلِ ، إِذَا لَا يَجُوزُ أَنْ تُعْتَدَ الْحَامِلُ بِغَيْرِ وَضْعِهِ . وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْقُرُوءِ أَوْ الشُّهُورِ (١٨) ، فَتَكْحَمُ الْثَانِي بعد مُضِيِّ / قُرْءٍ أَوْ شَهْرٍ ، ثُمَّ مَضَى قُرْءَانٌ أَوْ شَهْرَانِ قَبْلَ طَلَاقِهِ مِنَ النِّكَاحِ الثَّانِي ، فَقَدْ انْقَطَعَتِ الْعِدَّةُ بِالنِّكَاحِ الثَّانِي ، فَإِنْ قُلْنَا : تَسْتَأْنِفُ الْعِدَّةَ . فَعَلَيْهَا عِدَّةٌ تَامَّةٌ ، بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ ، أَوْ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ . وَإِنْ قُلْنَا : ثِنْتِي . أَكْمَتْ الْعِدَّةَ الْأُولَى بِقُرَائِنِ أَوْ شَهْرَيْنِ .

١٤٤/٨

فصل : وَإِنْ طَلَّقَهَا طَلَقًا رَجْعِيًّا ، ثُمَّ ارْتَجَعَهَا فِي عِدَّتِهَا وَوَطَّئَهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، انْقَطَعَتِ الْعِدَّةُ الْأُولَى بِرَجْعَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ حُكْمُ الطَّلَاقِ ، وَتَسْتَأْنِفُ عِدَّةً مِنَ الطَّلَاقِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ طَلَّقَ مِنْ نِكَاحٍ اتَّصَلَ بِهِ الْمَسِيْسُ . وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمْسَهَا ، فَهَلْ تَسْتَأْنِفُ عِدَّةً ، أَوْ ثِنْتِي عَلَى الْعِدَّةِ الْأُولَى ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ أَوَّلَاهُمَا ، أَنَّهَا تَسْتَأْنِفُ ؛ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ أَزَالَتْ شَعَثَ الطَّلَاقِ الْأَوَّلِ . وَرَدَّتْهَا إِلَى النِّكَاحِ الْأَوَّلِ ، فَصَارَ الطَّلَاقُ الثَّانِي طَلَقًا مِنْ نِكَاحٍ اتَّصَلَ بِهِ الْمَسِيْسُ . وَالثَّانِيَةُ ، ثِنْتِي ؛ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ لَا تَزِيدُ عَلَى النِّكَاحِ الْجَدِيدِ (١٩) ، وَلَوْ نَكَحَهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الْمَسِيْسِ ، لَمْ يَلْزَمْهَا لَذَلِكَ الطَّلَاقِ عِدَّةٌ ، فَكَذَلِكَ الرَّجْعَةُ . فَإِنْ فَسَخَ نِكَاحَهَا قَبْلَ الرَّجْعَةِ بِخُلْعٍ أَوْ غَيْرِهِ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ حُكْمَ الطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّ مُوجِبَهُ فِي الْعِدَّةِ مُوجِبُ الطَّلَاقِ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا ، وَاخْتَمَلَ أَنْ تَسْتَأْنِفَ الْعِدَّةَ ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ ، وَإِنْ لَمْ يَرْتَجِعْهَا بِلَفْظِهِ ، لَكِنَّهُ (٢٠) وَطَّئَهَا فِي عِدَّتِهَا ، فَهَلْ تَحْصُلُ بِذَلِكَ (٢١) رَجْعَةٌ أَوْ لَا ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَحْصُلُ بِهِ (٢٢) الرَّجْعَةُ ، فَيَكُونُ حُكْمُهَا حُكْمَ مَنْ ارْتَجَعَهَا بِلَفْظِهِ ثُمَّ وَطَّئَهَا ،

(١٧) سقط من : الأصل ، م .

(١٨) في الأصل : « والشهور » .

(١٩) في م : « الجديدة » خطأ .

(٢٠) في م : « لكن » .

(٢١-٢٢) سقط من : الأصل .

سواءً . والثانية ، لا تحصل الرجعة به ، ويلزمها استئناف عِدَّةٍ ؛ لأنه وطءٌ في نكاحٍ
تَشَعَّتْ ، فهو كوطءِ الشبهة . وتَدْخُلُ بَقِيَّةُ عِدَّةِ الطلاقِ فيها ؛ لأنَّهما من رجلٍ واحدٍ .
وإن حَمَلَتْ من هذا الوطءِ ، فهل تَدْخُلُ فيها بَقِيَّةُ الْأَوَّلِ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ،
تَدْخُلُ ؛ لأنَّهما^(٢٢) من رجلٍ واحدٍ . والثاني ، لا تَدْخُلُ ؛ لأنَّهما من جنسَيْنِ . فعلى
هذا ، إذا وَضَعَتْ حَمْلَهَا ، أَتَتْ عِدَّةَ الطلاقِ . وإن وَطِئَهَا وهي حَامِلٌ ، ففِي تَدْخُلِ
الْعِدَّتَيْنِ وَجْهَانِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : يَتَدَاخِلَانِ . فَالْقِضَاءُ مَعًا بِوَضْعِ الْحَمْلِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا
يَتَدَاخِلَانِ . فَالْقِضَاءُ عِدَّةَ الطلاقِ بِوَضْعِ الْحَمْلِ ، وَتَسْتَأْنِفُ عِدَّةَ الْوَطْءِ بِالْقُرْءِ .

فصل : فإن طَلَّقَهَا طَلَّاقًا رَجْعِيًّا ، فَكَحَثَ فِي عِدَّتِهَا مَنْ وَطِئَهَا ، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهَا
تَبْنِي عَلَى عِدَّةِ الْأَوَّلِ ، ثُمَّ تَسْتَأْنِفُ عِدَّةً لِلثَّانِي^(٢٣) ، وَلِرِزْوَجِهَا الْأَوَّلِ رَجْعَتُهَا فِي بَقِيَّةِ
عِدَّتِهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ إِسْكَاتٌ لِلزَّوْجَةِ ، وَطَرِيَانُ / الْوَطْءِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ عَلَى النِّكَاحِ ،
لَا يَمْنَعُ الزَّوْجَ إِسْكَاتَ زَوْجَتِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ
رَجْعَتُهَا ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ لَهُ ارْتِجَاعُهَا ، كَالْمُرْتَدَّةِ^(٢٤) . وَالصَّحِيحُ
الْأَوَّلُ ؛ فَإِنَّ التَّحْرِيمَ لَا يَمْنَعُ الرَّجْعَةَ ، كَالْإِحْرَامِ . وَيُفَارِقُ الرَّدَّةَ ؛ لِأَنَّهَا جَائِزَةٌ إِلَى بَيْتُونَةٍ
بَعْدَ الرَّجْعَةِ ، بخِلَافِ الْعِدَّةِ . وَإِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا مِنْهُ ، فَلَيْسَ لَهُ رَجْعَتُهَا فِي عِدَّةِ
الثَّانِي ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْهُ . وَإِذَا ارْتَجَعَهَا فِي عِدَّتِهَا مِنْ نَفْسِهِ ، وَكَانَتْ بِالْقُرْءِ أَوْ
بِالْأَشْهُرِ ، انْقَطَعَتْ عِدَّتُهُ بِالرَّجْعَةِ ، وَابْتَدَأَتْ عِدَّةُ مِنَ الثَّانِي ، وَلَا يَجِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا حَتَّى
تَقْضَى^(٢٥) عِدَّةُ الثَّانِي ، كَمَا لَوْ وَطِئَتْ بِشَبَّهَةٍ فِي صُلْبِ نِكَاحِهِ . وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً
بِالْحَمْلِ ، لَمْ يُمَكِّنْ شُرُوعُهَا فِي عِدَّةِ الثَّانِي قَبْلَ وَضْعِ الْحَمْلِ ؛ لِأَنَّهَا بِالْقُرْءِ ، فَإِذَا
وَضَعَتْ حَمْلَهَا ، شَرَعَتْ فِي عِدَّةِ الثَّانِي ، وَإِنْ كَانَ الْحَمْلُ مُلْحَقًا بِالثَّانِي ، فَإِنَّهَا تَعْتَدُّ

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : لِأَنَّهَا .

(٢٣) فِي ١ ، ب ، م ، هـ : الثَّانِي .

(٢٤) فِي ١ : كَالْمُرْتَدَّةِ .

(٢٥) فِي ١ ، ب ، م ، هـ : تَقْضَى .

به عن الثاني، وتقدم^(٢٦) عِدَّةُ الثاني على عِدَّةِ^(٢٧) الأول، فإذا اكتملتها، شرعت في إتمام عِدَّةِ الأول، وله حَيْثُ أَنْ يَرْجِعَهَا؛ لأنها في عِدَّتِهِ. وإن أَحَبَّ أَنْ يَرْجِعَهَا في حالِ حَمْلِهَا، ففيه وَجْهَان؛ أحدهما، ليس له ذلك؛ لأنها ليست في عِدَّتِهِ، وهي مُحَرَّمَةٌ عليه، فأشبهت الأجنبية أو المرثدة. والثاني، له رَجْعُهَا؛ لأنَّ عِدَّتَهَا منه لم تَنْقُضْ، وتحرُّمُهَا لا يَمْنَعُ رَجْعَهَا، كالمُحَرَّمَةِ.

فصل: إذا تزوج رجل امرأة لها ولد من غيره، فمات ولدها، فإنَّ أحمد قال: يَعتَرِلُ امرأته حتى تَحِيضَ حَيْضَةً. وهذا يروى عن علي بن أبي طالب، والحسين ابنه، ونحوه عن عمر بن الخطاب، وعن الحسين^(٢٨) بن علي، والصَّعْبِ بن جثامة^(٢٩). وبه قال عطاء، وعمر بن عبد العزيز، والنَّخَعِيُّ، ومالك، وإسحاق، وأبو عبيد. قال عمر بن عبد العزيز: لا يَقرُّبُهَا حتى يَنْظُرَ بها حَمْلٌ أم لا؟ وإنما قالوا ذلك؛ لأنها إن كانت حاملاً حين مَوْتِهِ، وَرَثَهُ حَمْلُهَا، وإن حَدَثَ الحَمْلُ بعدَ المَوْتِ، لم يَرِثُهُ. فإن كان للمَيِّتِ وَلَدٌ أو أَبٌ أو جَدٌّ، لم يَحْتَجْ إلى اسْتِثْنَائِهَا؛ لأنَّ الحَمْلَ لا يَمِيرُثُ له، وإن كانت حاملاً قد تَبَيَّنَ حملُها، لم يَحْتَجْ إلى اسْتِثْنَائِهَا؛ لأنَّ الحملَ معلومٌ، وإن كانت آيسَةً، لم يَحْتَجْ إلى اسْتِثْنَائِهَا؛ للَيَّاسِ من حَمْلِهَا، وإن كانت مَمَّنْ^(٣٠) يُمَكِّنُ حَمْلُهَا، ولم يَتَّبِعْ^(٣١) بها حَمْلٌ، ولم يَعتَرِلْها زَوْجُهَا، فأثت يُولِدُ قَبْلَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَرِثَ، وإن أثت به بعدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ من حَيٍّ / وَطَلَّهَا بعدَ مَوْتِ وَلَدِهَا، لم يَرِثْ، لأنَّنا لا نَتَيَقَّنُ وَجُودَهُ حالَ مَوْتِهِ. هذا يروى عن سُفْيَانَ. وهو قِياسُ قولِ الشافعي.

(٢٦) في م: وتقدم.

(٢٧) سقط من: أ، ب، م.

(٢٨) في م: الحسن.

(٢٩) الصَّعْبِ بن جثامة بن قيس الليثي الحجازي، هاجر إلى النبي ﷺ، وروى عنه، وثوبى بعد خلافة أبي بكر.

تهذيب التهذيب ٤/٤٢١، الإصابة ٣/٤٢٦.

(٣٠) في الأصل نهادة: م.

(٣١) في م: يمين.

فصل : في أحكام المفقود ، إذا غاب الرجل عن امرأته ، لم يحل من حالتي ؛ أحدهما ، أن تكون غيبة غير منقطعة ، يُعرف خبره ، ويأتي كتابه ، فهذا ليس لامرأته أن تزوج في قول أهل العلم أجمعين ، إلا أن يتعدّر الإنفاق عليها من ماله ، فلها أن تطلب فسخ النكاح ، فيفسخ نكاحه . وأجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته . وهذا^(٣٢) قول النحوي ، والزهري ، ويحيى الأنصاري ، ومكحول ، والشافعي ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وإن أبى العبد ، فزوجته على الزوجية ، حتى تعلم موته أو رده . وبه قال الأوزاعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق . وقال الحسن : إياقه طلاقه . ولنا ، أنه ليس بمفقود ، فلم يفسخ نكاحه ، كالحر ، ومن تعدّر الإنفاق من ماله على زوجته ، فحكمها في الفسخ حكم ما ذكرنا ، إلا أن العبد نفقه زوجته على سيده ، أو في كسبه ، فيعتبر تعدّر الإنفاق من محل الوجوب . الحال الثاني ، أن يفقد ، ويتقطع خبره ، ولا يعلم له موضع ، فهذا ينقسم قسمين ؛ أحدهما ، أن يكون ظاهر غيبته السلامة ، كسفر التجارة في غير مهلكة ، وإباق العبد ، وطلب العلم والسياسة ، فلا تزول الزوجية أيضا ، ما لم يثبت موته . روى^(٣٣) ذلك عن علي . وإليه ذهب ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي في الجديد . وروى ذلك عن أبي قلابة ، والنحوي ، وأبي عبيد . وكأل مالك ، والشافعي في القديم : تتربص أربع سنين ، وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا ، وتحل للأزواج ؛ لأنه إذا جاز الفسخ لتعدّر الوطء بالعتة ، وتعدّر النفقة بالإعسار ، فلأن يجوز ههنا لتعدّر الجميع أولى ، واحتجوا بحديث عمر في المفقود ، مع موافقة الصحابة له ، وتزويجهم إلكاره . ونقل أحمد بن أصرم^(٣٤) ، عن أحمد : إذا مضى

(٣٢) سقطت الواو من : ١ ، ب .

(٣٣) في ب ، م ، ٥ : روى .

(٣٤) أحمد بن أصرم بن حزيمة الزبي ، سمع من الإمام أحمد وغيوه ، وكان بصريا ، قدم مصر وكُتب عنه ، وخرج عنها فوول بدمشق ، في سنة خمس وثلاثين ومائتين . طبقات الحنابلة ٢٢/١ :

عليه تسعون سنة ، قُسِمَ ماله . وهذا يَقْتَضِي أَنَّ زَوْجَتَهُ تَعْتَدُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ ثُمَّ تَزْوُجُ . قال أصحابنا : إِنَّمَا اعتَبَرَ تِسْعِينَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وِلَادَتِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَعِيشُ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا الْعُمُرِ ، فَإِذَا اقْتَرَنَ بِهِ انْقِطَاعُ^(٣٥) ، خَبَرَهُ ، وَجَبَ الْحُكْمُ بِمَوْتِهِ ، / كَمَا لَوْ كَانَ فَقْدُهُ بَغْيِيَّةَ ظَاهِرِهَا الْهَلَاكِ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ غَيْبَةُ ظَاهِرِهَا السَّلَامَةُ ، فَلَمْ يُحْكَمْ بِمَوْتِهِ ، كَمَا قَبْلَ الْأَرْبَعِ سِنِينَ ، أَوْ كَمَا قَبْلَ التَّسْعِينَ ، وَلِأَنَّ هَذَا التَّقْدِيرَ بِغَيْرِ تَوْقِيفٍ ، وَالتَّقْدِيرَ لَا يَتَّبَعِي أَنْ يُصَارَ إِلَيْهِ إِلَّا بِالتَّوْقِيفِ ؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَهَا بِتِسْعِينَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وِلَادَتِهِ ، يُفْضِي إِلَى اخْتِلَافِ الْعِدَّةِ فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ بِاخْتِلَافِ عُمُرِ الزَّوْجِ ، وَلَا يُظَاهِرُ هَذَا ، وَخَبَرُ عُمَرَ وَرَدَّ فِي مَنْ ظَاهَرُ غَيْبَتِهِ الْهَلَاكُ ، فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ تَكُونَ غَيْبَتُهُ ظَاهِرِهَا الْهَلَاكُ ، كَالَّذِي يُفْقَدُ مِنْ بَيْنِ أَهْلِهِ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا ، أَوْ يَحْرُجُ إِلَى الصَّلَاةِ فَلَا يَرْجِعُ ، أَوْ يَمْضِي إِلَى مَكَانٍ قَرِيبٍ لِيَقْضِيَ حَاجَتَهُ وَيَرْجِعَ ، فَلَا يَظْهَرُ لَهُ خَبَرٌ ، أَوْ يُفْقَدُ مِنْ^(٣٦) بَيْنِ الصَّفَتَيْنِ ، أَوْ يَتَكَبَّرُ بِهِمْ مَرْكَبٌ فَيَغْرَقُ بَعْضُ رُفَقَتِهِ ، أَوْ يُفْقَدُ فِي مَهْلَكَةٍ ، كَبَرِّيَّةِ الْحِجَازِ وَنَحْوِهَا ، فَمَذْهَبُ أَحْمَدَ الظَّاهِرُ عَنْهُ ، أَنَّ زَوْجَتَهُ تَتَرَبَّصُ أَرْبَعَ سِنِينَ ، أَكْثَرَ مُدَّةِ الْحَمَلِ ، ثُمَّ تَعْتَدُ لِلْوَفَاةِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا . وَتُجِلُّ لِلزَّوْجِ . قَالَ الْأَثَرُ : قِيلَ لِأُمِّ عَبِيدِ اللَّهِ : تَذْهَبُ إِلَى حَدِيثِ عُمَرَ ؟ قَالَ : هُوَ أَحْسَنُهَا يَرَوَى عَنْ عُمَرَ مِنْ ثَمَانِيَةِ وَجُوهٍ . ثُمَّ قَالَ^(٣٧) : زَعَمُوا أَنَّ عُمَرَ رَجَعَ عَنْ هَذَا . هَؤُلَاءِ الْكَذَّابِينَ^(٣٨) . قُلْتُ : فَرَوَى مِنْ وَجْهِ ضَعِيفٍ أَنَّ عُمَرَ قَالَ بِخِلَافِ هَذَا ؟ قَالَ : لَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ إِنْسَانٌ يَكْذِبُ . وَقُلْتُ لَهُ مَرَّةً : إِنَّ إِنْسَانًا قَالَ لِي : إِنَّ أَبَا عَبِيدِ اللَّهِ قَدْ تَرَكَ قَوْلَهُ فِي الْمَفْقُودِ بِعَدِّكَ . فَضَحِكَ ، ثُمَّ قَالَ : مَنْ تَرَكَ هَذَا الْقَوْلَ أَيْ شَيْءٍ يَقُولُ ! وَهُوَ^(٣٩) قَوْلُ عُمَرَ وَعِثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ الزُّبَيْرِ . قَالَ أَحْمَدُ : خَمْسَةٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَعُمَرُ بْنُ

(٣٥-٣٥) في ١ : انقطع .

(٣٦) سقط من : أ ، ب ، م .

(٣٧) في الأصل : قالوا .

(٣٨) كذا على حكاية قوله .

(٣٩) في ١ ، ب ، م : وهذا .

عبد العزيز ، والحسن ، والزهرى ، وقادة ، واليث ، وعلى بن المدينى ، وعبد العزيز ابن أبى سلمة . وبه يقول مالك ، والشافعى فى القديم ، إلا أن مالكاً قال : ليس فى انتظار من يُقصد فى القتال وقت . وقال سعيد بن المسيب ، فى امرأة المفقود بين الصفيين : تترى سنة ؛ لأن غلبة هلاكه ههنا أكثر من غلبة غيره ، لوجود سببه . وقد نقل عن أحمد ، أنه قال : ^(١٠) كنت أقول : إذا تريضت أربع سنين ، ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً . تزوجت . وقد أثبت فيها ، وهبت الجواب فيها ، ^(١١) لما اختلف الناس فيها ، فكانى أحب السلامة . وهذا توقف يحتل الرجوع عما قاله ، وتريض أبداً ، ويحتل / التورع ، ويكون المذهب ما قاله أولاً . قال القاضى : أكثر أصحابنا على ^(١٢) أن المذهب رواية واحدة ، وعندى أن المسألة على روايتين . وقال أبو بكر : الذى أقول به ، إن صح الاختلاف فى المسألة ، أن لا يحكم بحكم ثانٍ إلا بدليل على الاتفاق ، وإن ثبت الإجماع ، فالحكم فيه على مانص عليه . وظاهر المذهب على ما حكيناه أولاً . نقله عن أحمد الجماعة ، وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع ، على ما حكيناه من رواية الأثرم . وقال أبو قلابة ، والنخعى ، والثورى ، وابن أبى لىلى ، وابن شبرمة ، وأصحاب الرأي ، والشافعى فى الجديد : لا تزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته أو فراقه ؛ لما ^(١٣) روى المغيرة ^(١٤) ، أن النبى ﷺ قال : « امرأة المفقود امرأته ، حتى يأتيها » ^(١٥) المغيرة ^(١٦) . وروى الحكم ، وحماذ ، عن على : لا تزوج امرأة

١٤٦/٨

(٤٠-٤١) سقط من : ١ .

(٤١-٤٢) فى ١ : لا اختلاف .

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) فى الأصل : ولا .

(٤٤) فى الهادة : بن شعبة .

(٤٥) فى ب ، م : يأتى .

(٤٦) فى النسخ : زوجها . وللتب من سنن الدارقطنى ، وقد أخرجه فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣/٣١٢ .

المفقود ، حتى يأتى مؤثته أو طلاقه^(٤٧) . ولأنه^(٤٨) شك في زوال الزوجة ، فلم تثبت به
الفرقة ، كما لو كان ظاهر غيبته السلامة . ولنا ، ما روى الأثرم . والجورجاني ،
بإسناديهما عن عبيد بن عمير ، قال : فقد رجل في عهد عمر ، فجاءت امرأته إلى
عمر ، فذكرت ذلك له ، فقال : انطلقى ، فترضى أربع سنين . ففعلت ، ثم أتته ،
فقال : انطلقى ، فاعتدى أربعة أشهر وعشرا . ففعلت ، ثم أتته ، فقال : أين ولي هذا
الرجل ؟^(٤٩) فجاء وليه^(٥٠) ، فقال : طلقها . ففعل ، فقال لها عمر : انطلقى ،
فتزوجى من شئت . فتزوجت ، ثم جاء زوجها الأول ، فقال له^(٥١) عمر : أين كنت ؟
قال : يا أمير المؤمنين ، استهوئني الشياطين ، فوالله ما أذرى في أى أرض الله^(٥٢) ، كنت
عند قوم يستعبدوننى ، حتى اغتزلهم منهم قوم مسلمون ، فكننت في ما غنموه ، فقالوا
لى^(٥٣) : أنت رجل من الإنسي ، وهؤلاء من^(٥٤) الجن ، فمالك وما لهم ؟ فأخبرتهم
خبرى ، فقالوا : بأى^(٥٥) أرض الله تحب أن تصبح ؟ قلت : المدينة هى أرضى .
فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرية . فخير عمر ؛ إن شاء امرأته ، وإن شاء الصداق ،
فاختار الصداق ، وقال : قد حيلت ، لا حاجة لى فيها^(٥٦) . قال أحمد : يروى عن عمر ،

(٤٧) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال بتخير المفقود ... ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤٦/٧ . وعبد
الرزاق ، فى : باب التى لا تعلم مهلك زوجها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٩٠/٧ . وسعيد بن منصور ، فى :
باب الحكم فى امرأة المفقود ، من كتاب الطلاق . السنن ٤٠٢/١ .

(٤٨) سقطت الواو من : م .

(٤٩-٤٨) سقط من : م .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) فى م زيادة : كنت .

(٥٢) سقط من : ب .

(٥٣) سقط من : الأصل .

(٥٤) فى ا ، ب : بأيت .

(٥٥) أخرجه البيهقى ، فى الباب السابق . السنن الكبرى ٤٤٥/٧ ، ٤٤٦ . وعبد الرزاق ، فى الباب السابق .

المصنف ٨٦/٧-٨٨ . وسعيد ، فى الباب السابق . السنن ٤٠١/١ ، ٤٠٢ .

من ثلاثة وجوه ، ولم يُعرف في الصحابة له مخالف . وروى الجوزجاني وغيره ، بإسنادهم عن علي في امرأة المفقود : تعتد أربع سنين ، ثم يطلقها ولي زوجها ، وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا ، / فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك ، خير بين الصداق وبين أمرته . وقضى به عثمان أيضا ، وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم . وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تذكر ، فكانت إجماعا . فأما الحديث الذي رواه عن النبي ﷺ ، فلم يثبت ، ولم يذكره أصحاب السنن . وما رواه عن علي ، فيرويه الحكم وحماة مرسلا ، والمسنود عنه مثل قولنا ، ثم يحمل ما رواه على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة ، جمعا بينه وبين ما رواه . وقولهم : إنه شك في زوال الزوجية . ممنوع ، فإن الشك ما تساوى فيه الأمران ، والظاهر في مسائلنا هلاكه .

فصل : وهل يعتبر أن يطلقها ولي زوجها ، ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء ؟ فيه روايتان ؛ أحدهما ، يعتبر ذلك ؛ لأنه في (٥٦) حديث عمر الذي رواه ، وقد قال أحمد : هو أحسنها . وذكر في حديث علي ، أنه يطلقها ولي زوجها . والثانية ، لا يعتبر ذلك ، كذلك قال ابن عمر ، وابن عباس . وهو القياس ؛ فإن ولي الرجل لا ولاية له في طلاق أمرته ، ولأننا حكمنا عليها بعدة الوفاة ، فلا يجب عليها مع ذلك عدة الطلاق ، كما لو تيقنت وفاته ، ولأنه قد (٥٧) وجد دليل هلاكه على وجه أباح لها التزويج ، وأوجب عليها عدة الوفاة ، فأشبه ما لو شهد به شاهدان .

فصل : وهل يعتبر ابتداء المدة من حين الغيبة أو من حين ضرب الحاكم المدة ؟ على روايتين ؛ أحدهما ، يعتبر ابتداؤها من حين ضربها الحاكم ؛ لأنها مدة مختلف فيها ، فافتقرت إلى ضرب الحاكم ، كمدة العتة . والثانية (٥٨) ، من حين انقطع خبره ،

(٥٦) ل ب : ١ من ٤ .

(٥٧) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٥٨) في : ١ ، ب ، م : ٥ والثاني ٤ .

وَبَعْدَ أَثَرِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا ظَاهِرٌ فِي مَوْرَثِهِ ، فَكَانَ ابْتِدَاءُ الْمُدَّةِ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ بِهِ شَاهِدَانِ .
وَلِلشَافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَالرَّوَابِئِيِّ .

فصل : فَإِنْ قَدِمَ زَوْجُهَا الْأَوَّلُ قَبْلَ أَنْ تَتَزَوَّجَ ، فَهِيَ امْرَأَتُهُ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ : إِذَا ضَرَبَتْ لَهَا الْمُدَّةُ ، فَانْقَضَتْ ، بَطَلَ نِكَاحُ الْأَوَّلِ . وَالَّذِي ذَكَرْنَا أَوَّلَى ؛
لَأَنَّا إِنَّمَا أَبْهَنَّا لَهَا التَّزْوِيجَ لِأَنَّ الظَّاهَرَ مَوْتُهُ ، فَإِذَا بَانَ حَيًّا انْحَرَمَ ذَلِكَ الظَّاهَرُ ، وَكَانَ
النِّكَاحُ بِحَالِهِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ بِمَوْتِهِ ثُمَّ بَانَ حَيًّا ، وَلَئِنْ أَخَذَ الْمَلَائِكَةُ ، فَأُشْبِهَتْ
مِلْكُ / الْمَالِ ١٤٧/٨ . فَأَمَّا إِنْ قَدِمَ بَعْدَ أَنْ تَزَوَّجَتْ نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ قَبْلَ دُخُولِ الثَّانِي بَهَا ، فَهِيَ
زَوْجَةُ الْأَوَّلِ ، تُرَدُّ إِلَيْهِ ، وَلَا شَيْءَ . قَالَ أَحْمَدُ : أَمَّا قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَهِيَ امْرَأَتُهُ ، وَإِنَّمَا
التَّخْيِيرُ بَعْدَ الدُّخُولِ . وَهَذَا قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَعَطَاءٍ ، وَخَلَّاسِ بْنِ عَمْرٍو ، وَالتَّخْيِيمِ ،
وَقَتَادَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ . وَقَالَ الْقَاضِي : فِيهِ رَايَةٌ أُخْرَى ، إِنَّهُ يُخَيَّرُ . وَأَخَذَهُ مِنْ
عُمُومِ قَوْلِ أَحْمَدَ : إِذَا تَزَوَّجَتْ امْرَأَتُهُ فَجَاءَ ، يُخَيَّرُ بَيْنَ الصَّدَاقِ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ . وَالصَّحِيحُ
أَنَّ عُمُومَ كَلَامِ أَحْمَدَ يُحْمَلُ عَلَى خَاصِّهِ فِي رَايَةِ الْأَثَرِمْ ، وَأَنَّهُ لَا تَخْيِيرَ إِلَّا بَعْدَ الدُّخُولِ ،
فَتَكُونُ زَوْجَةُ الْأَوَّلِ ، رَايَةٌ وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ إِنَّمَا صَحَّ فِي الظَّاهَرِ دُونَ الْبَاطِنِ ، فَإِذَا
قَدِمَ تَبَيَّنَ أَنَّ النِّكَاحَ كَانَ بَاطِلًا ؛ ^(١٠) لِأَنَّهُ صَادَفَ امْرَأَةً ذَاتَ زَوْجٍ ، فَكَانَ بَاطِلًا ^(١١) ، كَمَا
لَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بِمَوْتِهِ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ صَدَاقٌ ؛ لِأَنَّهُ نِكَاحٌ فَاسِدٌ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ دُخُولٌ ،
وَتَعُودُ ^(١٢) إِلَى ^(١٣) الزَّوْجِ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَتَزَوَّجْ . وَإِنْ قَدِمَ بَعْدَ دُخُولِ الثَّانِي بَهَا . يُخَيَّرُ
الْأَوَّلُ بَيْنَ اخْتِيَارِهَا ، فَتَكُونُ امْرَأَتُهُ ^(١٤) بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، وَبَيْنَ اخْتِيَارِ صَدَاقِهَا ، وَتَكُونُ زَوْجَةَ
الثَّانِي ^(١٥) . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ عَلَيْهِ ، فَرَوَى مَعْمَرٌ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ،
عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، أَنَّ عُمَرَ وَعُثْمَانَ قَالَا : إِنْ جَاءَ زَوْجُهَا الْأَوَّلُ ، يُخَيَّرُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَبَيْنَ

(٥٩-٥٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٦٠) في م : ١ : ويعد ٤ .

(٦١) سقط من : ب ، م .

(٦٢) في ب ، م : ١ : زوجته ٤ .

(٦٣) في م : ١ : للثاني ٤ .

الصَّدَاقِ الَّذِي سَاقَ هُوَ . رَوَاهُ الْجَوْزَجَانِيُّ ، وَالْأَثَرُ . وَقَضَى بِهِ الرَّبِيعُ فِي مَوْلَاةٍ لَهُمْ .
 وَقَالَ عَلِيُّ ذَلِكَ فِي الْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ . وَلَمْ يُعْرِفْ لَهُمْ مُخَالَفَ فِي عَصْرِهِمْ ، فَكَانَ
 إِجْمَاعًا . فَعَلِيَ هَذَا ، إِنْ أُمْسَكَهَا الْأَوَّلُ ، فَهِيَ زَوْجَتُهُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ . وَالْمَنْصُوصُ عَنْ
 أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ الثَّانِي إِلَى طَلَاقٍ ؛ لِأَنَّهُ نِكَاحُهُ كَانَ بَاطِلًا فِي الْبَاطِنِ . وَقَالَ الْقَاضِي :
 قِيَاسُ قَوْلِهِ ، أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى طَلَاقٍ ؛ لِأَنَّهُ هَذَا نِكَاحٌ مُخْتَلَفٌ فِي صِحَّتِهِ ، فَكَانَ مَأْمُورًا
 بِالطَّلَاقِ لِيَقْطَعَ حُكْمَ الْعَقْدِ الثَّانِي ، كَسَائِرِ الْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ ، وَيَجِبُ عَلَى الْأَوَّلِ
 اعْتِزَالُهَا حَتَّى تُقْضَى عِدَّتُهَا مِنَ الثَّانِي . وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْهَا الْأَوَّلُ ، فَإِنَّهَا تَكُونُ مَعَ الثَّانِي ، وَلَمْ
 يَذْكُرُوا لَهَا عَقْدًا جَدِيدًا . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَسْتَأْنِفَ لَهَا عَقْدًا ^(٦٤) ، لِأَنَّهَا تَبَيَّنَتْ بَطْلَانُ
 عَقْدِهِ بِمَجِيءِ الْأَوَّلِ ، وَيُحْمَلُ قَوْلُ الصَّحَابَةِ عَلَى هَذَا ، لِقِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ زَوْجَةُ
 الْإِنْسَانِ لَا تُصَيِّرُ زَوْجَةً لغيرِهِ بِمُجَرَّدِ تَرْكِهَا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : الْقِيَاسُ أَنَّهَا ^(٦٥)
 حَكَمْنَا بِالْفَرْقَةِ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، فَهِيَ امْرَأَةُ الثَّانِي ، وَلَا خِيَارَ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهَا بَائَتْ مِنْهُ / ١٤٧/٨ ظ
 بِفَرْقَةِ الْحَاكِمِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ فَسَخَ نِكَاحُهَا لِعَسْرَتِهِ ، وَإِنْ لَمْ تُحْكَمْ بِفَرْقَتِهِ بَاطِنًا ، فَهِيَ
 امْرَأَةُ الْأَوَّلِ ، وَلَا خِيَارَ لَهُ .

فصل : وَمَتَى اخْتَارَ الْأَوَّلُ تَرْكَهَا ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الثَّانِي بِصَدَاقِهَا ؛ لِقَضَاءِ
 الصَّحَابَةِ بِذَلِكَ ، وَلَأنَّهُ حَالٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا بِعَقْدِهِ عَلَيْهَا ، وَدُخُولِهِ بِهَا . وَاخْتَلَفَ ^(٦٦) عَنْ
 أَحْمَدَ فِيمَا يَرْجِعُ بِهِ ؛ فَرَوَى عَنْهُ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ بِالصَّدَاقِ الَّذِي أَصْدَقَهَا هُوَ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي
 بَكْرٍ ، وَقَوْلُ الْحَسَنِ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَعَلَى ^(٦٧) ابْنِ الْمَدِينِيِّ ، لِقَضَاءِ عَلِيٍّ وَعُثْمَانَ أَنَّهُ
 يُخَيَّرُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الصَّدَاقِ الَّذِي سَاقَ هُوَ ، وَلَأنَّهُ ^(٦٨) أَتَّفَقَ عَلَيْهِ الْمُعَوِّضُ ، فَرَجَعَ عَلَيْهِ

(٦٤) فِي ب نَهَادَةَ : وَ جَدِيدًا .

(٦٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦٦) أَيْ النُّقْلُ .

(٦٧) فِي م : وَ عَنْ .

(٦٨) فِي ب نَهَادَةَ : لَوْ .

بالعَرَضِ ، كَشْهُودِ الطَّلَاقِ إِذَا رَجَعُوا عَنِ الشَّهَادَةِ . فعلى هذا ، إن كان لم يَدْفَعْ إليها الصَّدَاقَ ، لم يَرْجِعْ بشيء ، وإن كان قد دَفَعَ بعضَه ، رَجَعَ بما دَفَعَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجِعَ عليه بالصَّدَاقِ ، وَتَرْجِعُ الْمَرْأَةُ بِمَا يَبْقَى عَلَيْهِ مِنْ صَدَاقِهَا . وعن أحمد أنه يَرْجِعُ عليه بالمَهْرِ الذي أَمْدَقَهَا الثاني ؛ لِأَنَّ إِتْلَافَ الْبُضْعِ مِنْ جِهَتِهِ ، وَالرُّجُوعُ^(٦٩) عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ ، وَالْبُضْعُ لَا يَتَقَوَّمُ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَوْ مَنْ جَرَى مَجْرَاهُ ، فَيَجِبُ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِالمُسَمًّى الثاني دُونَ الْأَوَّلِ ؛ وَهَلْ يَرْجِعُ الزَّوْجُ الثَّانِي عَلَى الزَّوْجَةِ بِمَا أَخَذَ^(٧٠) مِنْهُ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ . ذَكَرَ ذَلِكَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ ؛ لِأَحَدَاهُمَا ، يَرْجِعُ بِهِ ؛ لِأَنَّهَا غَرَامَةٌ لِرِمْسِ الزَّوْجِ بِسَبَبِ وَطْئِهِ لَهَا ، فَيَرْجِعُ^(٧١) بِهَا ، كَالْمَعْرُورِ . وَالثَّانِيَةِ ، لَا يَرْجِعُ بِهَا . وَهُوَ أَظْهَرُ ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ لَمْ يَقْضُوا بِالرُّجُوعِ ، فَإِنَّ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ رَوَى ، أَنَّ عَمْرَ وَعَثْمَانَ قَضَيَا فِي الْمَرْأَةِ الَّتِي لَا تُذَرِي مَا مَهْلِكُ زَوْجِهَا ، أَنْ تَرِيصَ^(٧٢) أَرْبَعَ سِنِينَ ، ثُمَّ تَعْتَدَ عِدَّةَ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ، ثُمَّ تَزَوَّجَ إِنْ بَدَا لَهَا ، فَإِنْ جَاءَ زَوْجُهَا خَيْرٌ ؛ إِمَّا أَمْرَأَتَهُ ، وَإِمَّا الصَّدَاقَ ، فَإِنْ اخْتَارَ الصَّدَاقَ ، فَالصَّدَاقُ عَلَى زَوْجِهَا الْآخِرِ ، وَتَثَبَّتْ عَنْدهُ ، وَإِنْ اخْتَارَ أَمْرَأَتَهُ ، عَزَلَتْ عَنْ زَوْجِهَا الْآخِرِ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ، وَإِنْ قَدِمَ زَوْجُهَا وَقَدْ تَوَفَّى زَوْجُهَا الْآخِرُ ، وَرِثَتْ ، وَاعْتَدَّتْ عِدَّةَ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا ، وَتَرْجِعُ إِلَى الْأَوَّلِ . رَوَاهُ الْجَوْزْجَانِيُّ^(٧٣) . وَلِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تُعْرِيرُ مِنْهَا ، فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ ، كَغَيْرِهَا . فَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ عَلَيْهَا . فَإِنْ كَانَ قَدْ دَفَعَ إِلَيْهَا الصَّدَاقَ ، رَجَعَ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْفَعْهُ إِلَيْهَا ، دَفَعَهُ إِلَى الْأَوَّلِ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ دَفَعَ بعضَه ، رَجَعَ بِمَا دَفَعَ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا

(٦٩) ق: ب : ١ : والرجوع .

(٧٠) ق: ب : ١ : أخذت .

(٧١) ق: أ ، ب ، م : ١ : فرجع .

(٧٢) ق: م : ١ : تریص . وما بمعنى .

(٧٣) وأخرجه البيهقي ، في : باب من قال : تنتظر أربع سنين ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤٥/٧ . وعبد

الرزاق ، في : باب التي لا تعلم مهلك زوجها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٨٥/٧ .

يَرْجِعُ عَلَيْهَا . وَكَانَ قَدْ دَفَعَ إِلَيْهَا الصَّدَاقَ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَفَعَهُ إِلَيْهَا ، لَزِمَهُ دَفَعُهُ ، وَيُدْفَعُ إِلَى الْأَوَّلِ صَدَاقًا آخَرَ .

فصل : وَإِنْ اخْتَارَتِ امْرَأَةُ الْمَقْضُودِ الْمَقَامَ وَالصَّبْرَ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ ، فَلَهَا التَّفَقُّعُ مَا دَامَ حَيًّا ، وَيَتَفَقَّعُ عَلَيْهَا مِنْ مَالِهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ ؛ لِأَنَّهَا مُحْكَمٌ لَهَا بِالزَّوْجِيَّةِ ، فَتَجِبُ لَهَا التَّفَقُّعُ ، كَمَا لَوْ عَلِمَتْ حَيَاتِهِ . ^(٧٤) فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ حَيًّا ، وَقَدِمَ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ ^(٧٥) تَبَيَّنَ أَنَّهُ مَاتَ ، أَوْ فَارَقَهَا ، فَلَهَا التَّفَقُّعُ إِلَى يَوْمِ مَوْتِهِ أَوْ بَيِّنَاتِهَا مِنْهُ ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهَا بِالْبَاقِي ؛ لِأَنَّ تَبَيُّنًا أَنَّهَا أَنْفَقَتْ مَالَ غَيْرِهِ ، أَوْ أَنْفَقَتْ مِنْ مَالِهِ وَهِيَ غَيْرُ زَوْجَةٍ لَهُ . وَإِنْ رَفَعَتْ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، فَضَرَبَ لَهَا مُدَّةً ، فَلَهَا التَّفَقُّعُ فِي مُدَّةِ التَّرْطِصِ وَمُدَّةِ الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ التَّرْطِصِ لَمْ يَحْكَمْ فِيهَا ^(٧٦) بَيِّنَاتُهَا مِنْ زَوْجِهَا ، فَهِيَ مُحْبُوسَةٌ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الزَّوْجِيَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَا ^(٧٧) قَبْلَ الْمُدَّةِ . وَأَمَّا مُدَّةُ الْعِدَّةِ ، فَلِأَنَّهَا غَيْرُ مُتَيَقِّنَةٍ ، بِخِلَافِ عِدَّةِ الْوَفَاةِ ، فَإِنْ مَوْتُهُ مُتَيَقَّنٌ ، وَمَا بَعْدَ الْعِدَّةِ إِنْ تَزَوَّجَتْ أَوْ فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ^(٧٨) ، سَقَطَتْ تَفَقُّعُهَا ؛ لِأَنَّهَا أَسْقَطَتْهَا بِخُرُوجِهَا عَنْ حُكْمِ نِكَاحِهِ ، وَإِنْ لَمْ تَتَزَوَّجْ وَلَا فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، فَتَفَقُّعُهَا بَاقِيَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَخْرُجْ ^(٧٩) بَعْدَ مِنْ نِكَاحِهِ . وَإِنْ قَدِمَ الزَّوْجُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَرُدَّتْ إِلَيْهِ ، عَادَتْ نَفَقَتُهَا مِنْ حَيْثُ الرَّدُّ . وَقَدْ رَوَى الْأَثَرُ ، وَالْجُوزْجَانِيُّ ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَا : تَنْتَظِرُ امْرَأَةُ الْمَقْضُودِ أَرْبَعَ سِنِينَ . قَالَ ابْنُ عَمَرَ : يَتَفَقَّعُ ^(٨٠) عَلَيْهَا مِنْ مَالِ زَوْجِهَا . وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : إِذَا يُجْحِفُ ذَلِكَ بِالْوَرْتَةِ ، وَلَكِنَّهَا تَسْتَلِدِينَ ، فَإِنْ جَاءَ زَوْجُهَا أَخَذَتْ مِنْ مَالِهِ ، وَإِنْ مَاتَ أَخَذَتْ مِنْ تَصْيِيهِهَا مِنَ الْبَيْرَاتِ . وَقَالَا : يَتَفَقَّعُ عَلَيْهَا بَعْدَ فِي الْعِدَّةِ بَعْدَ الْأَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ مَالِ زَوْجِهَا جَمِيعِهِ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ^(٨١) . وَإِنْ

(٧٤-٧٤) سقط من : الأصل ، م .

(٧٥) في الأصل ، ب : فيه .

(٧٦) في ب زيادة : لو .

(٧٧) في م : بينها .

(٧٨) في الأصل زيادة : من .

(٧٩) في ب : ويتفق .

(٨٠) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشرا ثم نخل ، من كتاب العدد . السنن =

قلنا : ليس لها أن تنزّوج . لم تُسقط نفقتها ، ما لم تنزّوج ، فإن تزوّجت ، سقطت نفقتها ؛ لأنها بالتزويج تخرج عن يديه ، وتصبح ناشِئاً ، وإن فُرق بينهما ، فلا نفقة لها ما دامت في العِدَّة ، فإذا انقضت ، فلم تعد إلى مسكن زوجها ، فلا نفقة لها أيضاً ؛ لأنها باقية على الشُّور . وإن عادت إلى مسكنه^(٨١) ، احتمل أن تعود النفقة ؛ لأنَّ الشُّور المُسقط لنفقتها قد زال ، ويَحْتَمِلُ ألا / تعود ؛ لأنها ما سلمت نفسها إليه . وإن عاد فتسلمها ، عادت نفقتها . ومتى انفق عليها ، ثم بان أن الزوج كان قد مات قبل ذلك ، حُسيب عليها ما أتفق عليها من حين موته من ميراثها ، فإن لم يرث^(٨٢) شيئاً ، فهو عليها ؛ لأنها أُلْفِقَتْ من مال الوارث ما لا يستحقه ، فأما نفقتها على الزوج الثاني ، فإن قلنا : لها أن تنزّوج . فيكاحها صحيح ، حُكمه في النفقة حكم غيره من الأئكة الصحيحة . وإن قلنا : ليس لها أن تنزّوج . فلا نفقة لها ، فإن انفق عليها ، لم يرجع بشيء ؛ لأنه طوَّع به ، إلا أن يُجبره على ذلك حاكم ، فيَحْتَمِلُ أن يرجع بها ؛ لأنه ألزّمه أداء ما لم يكن واجباً عليه ، ويَحْتَمِلُ ألا يرجع به ؛ لأنَّ ما حكّم به الحاكم لا يجوز نقضه ، ما لم يُخالِف كتاباً أو سنة أو إجماعاً . فإن فارقها بتفريق الحاكم أو غيره ، فلا نفقة لها ، إلا أن تكون حاملاً ، فينبئ^(٨٣) وجوب النفقة ، على الرايتين في النفقة ؛ هل هي للحمل ، أو لها من أجله ؟ فإن قلنا : هي للحمل . فلها النفقة ؛ لأنَّ نُسبَ الحمل لأحق به ، فيجب عليه الإنفاق على ولده . وإن قلنا : لها من أجله . فلا نفقة لها ؛ لأنه في غير نكاح صحيح ، فأشبهه حمل الموطوءة بشبهة . وإذا أثبت بوليد يُمكن كونه من الثاني ، لحقه نسبه ؛ لأنها صارت فراشاً له ، وقد عَلِمنا أن الولد ليس من الأول ؛ لأنها ترضعت بعد فقده أكثر^(٨٤)

= الكبرى ٤٤٥/٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب الحكم في امرأة المفقود ، من كتاب الطلاق . السنن ٤٠٢/١ .
وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته وهي مستحاضة بما تعدد ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٥٩/٥ .

(٨١) في ١ : مسكنها .

(٨٢) في الأصل : تورث .

(٨٣) في الأصل : ب ، م : فينبئ .

(٨٤) في م زيادة : من .

مُدَّةَ الْحَمْلِ ، وَتَنْقَضِي عِدَّتُهَا مِنَ الثَّانِي بَوْضِعِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ مِنْهُ ، وَعَلَيْهَا أَنْ تَرْضِعَهُ
 اللَّبَاءُ^(٨٥) ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَقُومُ بِذَنِّهِ إِلَّا بِهِ ، فَإِنْ رُدَّتْ إِلَى الْأَوَّلِ ، فَلَهُ مَنَعُهَا مِنْ
 إِرْضَاعِهِ^(٨٦) ، كَمَا لَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْ رِضَاعِ أَجْنَبِيٍّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَشْغُلُهَا عَنْ حُقُوقِهِ ، إِلَّا أَنْ
 يُضْطَرَّ إِلَيْهَا ، وَيُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُّ ، فَلَيْسَ لَهُ مَنَعُهَا مِنْ إِرْضَاعِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا حَالُ
 ضَرُورَةٍ . فَإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ الْأَوَّلِ ، لَمْ تُسْقَطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهَا فِي قَبْضَتِهِ وَبَيْدِهِ ،
 وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي غَيْرِ بَيْتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا نَاشِئٌ ، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ ، خُرَجَ
 عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ فِيمَا إِذَا سَافَرَتْ لِحَاجَتِهَا^(٨٧) بِإِذْنِهِ .

فصل : فِي مِيرَاثِهَا مِنَ الزَّوْجَيْنِ ، وَتَوْرِيثِهَا مِنْهَا . مَتَى مَاتَ زَوْجُهَا الْأَوَّلُ ، أَوْ
 مَاتَتْ قَبْلَ تَزْوُجِهَا بِالثَّانِي ، وَرِثَتْهُ وَوَرِثَهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ تَزَوَّجَتْ الثَّانِي فَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ؛
 لِأَنَّهَا قَدْ تَبَيَّنَا أَنَّهُ مَتَى قَدِمَ قَبْلَ الدَّخُولِ بِهَا ، رُدَّتْ إِلَيْهِ بِغَيْرِ تَخْيِيرٍ . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْقَاضِيَ
 ذَكَرَ أَنَّ فِيهَا رَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يُخَيَّرُ فِيهَا . فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، حُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ دَخَلَ بِهَا
 الثَّانِي . فَأَمَّا إِنْ دَخَلَ الثَّانِي بِهَا نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ قَدِمَ / الْأَوَّلُ ، فَاخْتَارَهَا ، وَرُدَّتْ إِلَيْهِ ،
 وَرِثَهَا وَوَرِثَتْهُ ، وَلَمْ تَرِثِ الثَّانِي وَلَمْ يَرِثَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا زَوْجِيَّةَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ
 اخْتِيَارِهَا ؛ إِمَّا فِي الْعَيْتَةِ ، أَوْ بَعْدَ قُدُومِهِ ، فَإِنْ قَلْنَا : إِنَّ^(٨٨) لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ . وَرِثَتْ الزَّوْجَ
 الثَّانِي وَوَرِثَهَا ، وَلَمْ تَرِثِ الْأَوَّلَ وَلَمْ يَرِثَهَا ؛ لِأَنَّ مَنْ خَيَّرَ بَيْنَ شَيْعَيْنِ ، فَتَعَدَّرَ أَحَدَهُمَا ، تَعَيَّنَ
 الْآخَرُ . وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ اخْتِيَارِ الْأَوَّلِ ، خَيَّرَ ، فَإِنْ اخْتَارَهَا وَرِثَهَا ، وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْهَا وَرِثَهَا
 الثَّانِي . هَذَا ظَاهِرُ قَوْلِ أَصْحَابِنَا . وَأَمَّا عَلَى مَا اخْتَارَهُ ، فَإِنَّهَا لَا تَرِثُ الثَّانِي وَلَا يَرِثُهَا
 بِحَالٍ ، إِلَّا أَنْ يُجَدِّدَ لَهَا عَقْدًا ، أَوْ لَا يَعْلَمَ أَنَّ الْأَوَّلَ كَانَ حَيًّا ، وَمَتَى عَلِمَ أَنَّ الْأَوَّلَ كَانَ
 حَيًّا ، وَرِثَهَا وَوَرِثَتْهُ ، إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ تَرْكَهَا ، فَتَبَيَّنَ مِنْهُ بِذَلِكَ ، فَلَا تَرِثُهُ وَلَا يَرِثُهَا .

(٨٥) اللَّبَاءُ : أَوَّلُ اللَّبَنِ .

(٨٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : « رِضَاعُهُ » .

(٨٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٨٨) سَقَطَ مِنْ : م .

وعلى قول أبى الحُطَّابِ ، إن حَكَمْنَا بِوُقُوعِ الْفُرْقَةِ بِتَفْرِيقِ الْحَاكِمِ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، وَرَبَّتِ
 الثَّانِي وَوَرِثَهَا ، وَلَمْ تَرِثِ الْأَوَّلَ وَلَمْ يَرِثَهَا ، ^(٨٩) وَإِنْ لَمْ تَحْكَمْ بِوُقُوعِ الْفُرْقَةِ بَاطِنًا ، وَرَبَّتِ
 الْأَوَّلَ وَوَرِثَهَا ، وَلَمْ تَرِثِ الثَّانِي وَلَمْ يَرِثَهَا ^(٩٠) . فَأَمَّا عِدَّتُهَا مِنْهَا ، فَمَنْ وَرِثَتْهُ اعْتَدَّتْ لَوْفَاتِهِ
 عِدَّةَ الْوَفَاةِ ، وَإِنْ مَاتَ الثَّانِي فِي مَوْضِعٍ لَا تَرِثُهُ ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَعْتَدُّ عِدَّةَ
 الْوَفَاةِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ . فَعَلِيَ هَذَا ، عَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ لَوْفَاتِهِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَقَالَ
 ابْنُ حَامِدٍ : لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا لَوْفَاتِهِ ، لَكِنْ تَعْتَدُّ مِنْ وَطْئِهِ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ ؛ فَإِنْ مَاتَا مَعًا ^(٩١) ،
 اعْتَدَّتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا ، وَبَدَأَتْ بِعِدَّةِ الْأَوَّلِ ، فَإِذَا اكْتَمَلَتْهَا ، اعْتَدَّتْ لِلآخِرِ ، وَإِنْ
 مَاتَ الْأَوَّلُ أَوَّلًا ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ مَاتَ الثَّانِي أَوَّلًا ، بَدَأَتْ بِعِدَّتِهِ ، فَإِذَا مَاتَ الْأَوَّلُ ،
 انْقَطَعَتْ عِدَّةُ الثَّانِي ، ثُمَّ ابْتَدَأَتْ عِدَّةُ الْأَوَّلِ ، فَإِذَا اكْتَمَلَتْهَا ، أَتَمَّتْ عِدَّةَ الثَّانِي . وَإِنْ
 عُلِمَ مَوْتُ أَحَدِهِمَا ، وَجُهِلَ وَقْتُ مَوْتِ الْآخَرِ ، أَوْ جُهِلَ مَوْتُهُمَا ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَعْتَدَّ عِدَّتَيْنِ
 مِنْ حِينِ تَيَقَّنَتِ الْمَوْتَ ، وَتَبْدَأُ بِعِدَّةِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ أَسْبَقُ وَأَوْلَى ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا ،
 فَبِوَضْعِ الْحَمْلِ تَنْقَضِي عِدَّةُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ مِنْهُ ، ثُمَّ تَبْتَدِئُ بَعْدَهُ بِعِدَّةِ الْوَفَاةِ ، أَرْبَعَةَ
 أَشْهُرًا وَعَشْرًا .

فصل : وَإِذَا تَزَوَّجَتِ امْرَأَةٌ الْمَقْقُودَ ، فِي وَقْتٍ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ فِيهِ ، مِثْلُ أَنْ تَتَزَوَّجَ
 قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ الَّتِي يَبَاحُ لَهَا التَّزْوِيجُ بَعْدَهَا ، أَوْ كَانَتْ غَيِّبَةً زَوْجَهَا ظَاهِرًا سَلَامَةً ،
 أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّ زَوْجَهَا قَدْ مَاتَ ،
 وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا مِنْهُ ، أَوْ فَارَقَهَا وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، فَفِي صِحِّهِ نِكَاحُهَا وَجْهَانِ ؛
 ١٤٩/٨ ط أَحَدُهُمَا ، هُوَ صَحِيحٌ ؛ / لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي نِكَاحٍ وَلَا عِدَّةٍ ، فَصَحَّ ^(٩١) تَزْوِيجُهَا ، كَمَا لَوْ
 عُلِمَتْ ذَلِكَ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا مُعْتَقَدَةٌ تَحْرِيمُ نِكَاحِهَا وَبُطْلَانُهُ . وَأَصْلُ هَذَا
 مِنْ بَاغٍ غَيِّتًا فِي يَدِهِ يَعْتَقِدُهَا لِمَوْرُوثِهِ ، فَبِأَن مَوْرُوثِهِ مَيِّتًا وَالْعَيْنُ مَمْلُوكَةٌ

(٨٩-٨٩) سقط من : م . نقل نظر .

(٩٠) سقط من : الأصل .

(٩١) في ب : فيصح .

له بالإرث ، هل يصحُّ البيع ؟ فيه وجهان . كذا ههنا . ومذهب الشافعيُّ مثل هذا . ولنا ، أنَّها تزوجت في مُدة منَّعها الشرع من^(٩٢) النكاح فيها ، فلم يصحَّ ، كما لو تزوجت المُعتدة في عِدَّتِها ، أو المُرتابة^(٩٣) قبل زوال رِبَّتِها .

فصل : ويُقسم مالُ المفقود في الوقت الذي تُؤمَّر زوجته بعدة الوفاة فيه . وهذا قال قتادة . وقال الشافعيُّ ، ومالكُ ، وأصحابُ الرأي ، وابنُ المنذر : لا يقسمُ ماله حتى تُعلم وفاته ؛ لأنَّ الأصلَ البقاء ، فلا يزولُ عنه^(٩٤) بالشكِّ ، وإنما صيرنا إلى إباحة التزويج لإمْرئته ، لإجماع الصحابة ، ولأنَّ المرأةَ حاجةٌ إلى النكاح ، وضرراً في الانتظار ، فاختصَّ ذلك بها . ولنا ، أنَّ من اعتدتْ زوجته للوفاة قسَمَ ماله ، كمن قامتِ البينة بموته ، وما أجمع عليه الصحابة يُقاسُ عليه ما كان في معناه ، وتأخيرُ القسمةِ ضررٌ بالورثة ، وتعطيلُ لمنافع المال ، وربما تلفٌ أو قلتُ قيمته ، فهو في معنى الضررِ بتأخير التزويج .

فصل : وإن تَصَرَّف الزوجُ المفقود في زَوْجَتِهِ ، بطلاقٍ ، أو ظهارٍ ، أو إيلاءٍ ، أو قذفٍ ، صحَّ تَصَرُّفه ؛ لأنَّ نِكَاحَهُ باقٍ ، ولهذا خُير في أخذها ، وإنما حَكَمْنَا بإباحة تزويجها ؛ لأنَّ الظاهرَ موته ، فلا يَطلُّ في الباطنِ ، كما لو شهدت بموته بينة كاذبة .

فصل : وإذا فَقَدَتِ الأُمّةُ زَوْجَها ، تَرَبَّصَتْ أَرْبَعَ سِنِينَ ، ثم اعتدتْ للوفاة شَهْرَيْنِ وخَمْسَةَ أَيَّامٍ . وهذا اختيارُ أبي بكرٍ . وقال القاضي : تَرَبَّصُ نِصْفُ تَرَبُّصِ الحُرَّةِ . ورواه أبو طالبٍ عن أحمد . وهو قولُ الأوزاعيِّ والليثِ ؛ لأنَّها مُدَّةٌ مُضْرُوبَةٌ لِلْمَرْأَةِ لِعَدَمِ زَوْجِها ، فكانتِ الأُمّةُ فيه على النِصْفِ من الحُرَّةِ ، كالعِدَّةِ . ولنا ، أنَّ الأَرْبَعَ سِنِينَ مُضْرُوبَةٌ لَكُونِها أَكْثَرُ مُدَّةِ الحَمَلِ ، ومُدَّةُ الحَمَلِ في الحُرَّةِ والأُمّةِ سَوَاءٌ ، فاستَويا في

(٩٢) سقط من : الأصل .

(٩٣) في الأصل : « والمرتبة » .

(٩٤) في م : « منه » .

التربص لها ، كالتسعة الأشهر في حق من ارتفع خيضها لا تدرى ما رفعه ، والحمل نفسه ، وهذا ينتقض قياسهم . فأما العبد ، فإن كانت زوجته حرة ، فتربصها كتربص^(٩٥) الحرة تحت الحر ، وإن كانت أمة ، فهي كالأمة تحت الحر ؛ لأن العدة معتبرة بالنساء دون الرجال ، وكذلك مدة التربص . وحكى عن الزهرى ، ومالك ، أنه يضرب له نصف أجل / الحر . والأولى ما قلناه ؛ لأنه تربص مشروع في حق المرأة لفرقة زوجها ، فأشبه العدة .

فصل : فإن غاب رجل عن زوجته ، فشهد ثقات بوفاته ، فاعتدت زوجته للوفاة ، أبيع لها أن تزوج . فإن عاد الزوج بعد ذلك ، فحكمه حكم المفقود ، يُخير زوجها بين أخذها ، وتركها وله الصداق . وكذلك إن تظاهرت الأخبار بموته . وقد روى الأثرم بإسناده عن أبي العليج ، عن سُهَيْب^(٩٦) ، أن زوجها صَيْفِي بن فَيْسَل^(٩٧) ، بُعِيَ لها من قنديل^(٩٨) ، فزوجت بعده ، ثم إن زوجها الأول قَدِمَ ، فأثينا عثمان وهو محصور ، فأشرف علينا ، فقال : كيف أقضى بينكم وأنا على هذا الحال ! فقلنا : قد رَضِينَا بِقَوْلِكَ . فَقَضَى أَنْ يُخَيَّرَ الزَّوْجُ الْأَوَّلُ بَيْنَ الصَّدَاقِ وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ . فَزَجَعْنَا . فَلَمَّا قُتِلَ عِثَانُ ، أَثِينَا عَلَيْهِ ، فَخَيَّرَ الزَّوْجُ الْأَوَّلُ بَيْنَ الصَّدَاقِ وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ ، فَاخْتَارَ الصَّدَاقَ ، فَأَخَذَ مِنِّي الْفَيْنَ ، وَمِنْ زَوْجِي الْآخَرِ الْفَيْنَ^(٩٩) . فَإِنْ حَصَلَتِ الْفُرْقَةُ بِشَهَادَةِ مَحْصُورَةٍ ، فَمَا

(٩٥) في م : تربص .

(٩٦) في النسخ : شهبة . وفي سنن البيهقي : سهيمة . وفي نسخة منه : شهبة . وفي مصنف عبد الرزاق : بهيمة . والثبت في : الطبقات الكبرى ، وابن سعد ، في ترجمتها .

(٩٧) في النسخ : فصيل . وفي نسخة من سنن البيهقي : قيل . وفي الطبقات الكبرى : قسيل . والثبت في : سنن البيهقي .

(٩٨) في النسخ : قنذليل . والثبت في الطبقات الكبرى . وفي سنن البيهقي : قنذابل . وقنذابل : مدينة بالسند ، وهي قصبة لولاية يقال لها : الندعة . معجم البلدان ١٨٣/٤ .

(٩٩) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال بتخير المفقود ... ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤٧/٧ . وعبد الرزاق ، في : باب التي لا تعلم مهلك زوجها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٨٨/٧ ، ٨٩ . وابن سعد ، في : الطبقات الكبرى ٤٧١/٨ .

حَصَلَ مِنْ غَرَامَةِ فَعْلِهِمَا ؛ لَأَنَّهُمَا سَبَبٌ فِي إِجْبَائِهَا . وَإِنْ شَهِدَا ^(١٠٠) بِمَوْتِ رَجُلٍ ، فَقُسِّمَ مَالُهُ ، ثُمَّ قَدِمَ ، فَمَا وَجَدَ مِنْ مَالِهِ أَخَذَهُ . وَمَا تَلَفَ مِنْهُ أَوْ تَعَذَّرَ رُجُوعُهُ فِيهِ ، فَلَهُ تَضْمِينُ الشَّاهِدَيْنِ ؛ لَأَنَّهُمَا سَبَبٌ الْاسْتِيْلَاءِ عَلَيْهِ ، وَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ الْمُتْلِفِ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ .

فصل : وَإِذَا نَكَحَ رَجُلٌ امْرَأَةً نِكَاحًا مُتَّفَقًا عَلَى بُطْلَانِهِ ، مِثْلُ أَنْ يَنْكِحَ ذَاتَ مَحْرَمَةٍ ، أَوْ مُعْتَدَةً يَغْلُمُ حَالَهَا وَتَحْرِيمَهَا ، فَلَا حُكْمَ لِعَقْدِهِ ، وَالْخُلُوةُ بِهَا كَالْخُلُوةِ بِالْأَجْنَبِيَّةِ ، لَا تُوجِبُ عِدَّةً ، وَكَذَلِكَ الْمَوْتُ عَنْهَا لَا يُوجِبُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ . وَإِنْ وَطِئَهَا ، اعْتَدَّتْ لَوَطِئَهُ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ مِنْذُ وَطِئَهَا ، سَوَاءً فَارَقَهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، كَمَا لَوْ زَوَّيَ بِهَا مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ . وَإِنْ نَكَحَهَا نِكَاحًا مُخْتَلَفًا فِيهِ ، فَهُوَ فَاسِدٌ ، فَإِنْ مَاتَ عَنْهَا ، فَتَقَلَّ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، أَنَّ عَلَيْهَا عِدَّةَ الْوَفَاةِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : لَيْسَ عَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ نِكَاحٌ لَا يَثْبُتُ الْجِلُّ ، فَأُشْبِهَ الْبَاطِلُ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، اعْتَدَّتْ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ نِكَاحٌ يَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ ، فَوَجَبَتْ بِهِ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ، كَالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ ، وَفَارَقَ الْبَاطِلُ ، فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ . وَإِنْ فَارَقَهَا فِي الْحَيَاةِ بَعْدَ الْإِصَابَةِ ، اعْتَدَّتْ بَعْدَ فُرْقَتِهِ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ ، وَلَا اخْتِلَافَ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْخُلُوةِ / ، فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا ، بَلَا خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ الْمُفَارِقَةَ فِي الْحَيَاةِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا ، ^(١٠١) بَلَا خِلَافٍ ^(١٠٢) ، فَفِي الْفَاسِدِ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْخُلُوةِ قَبْلَ الْإِصَابَةِ ، فَالْمَنْتَصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ عَلَيْهَا الْعِدَّةَ ؛ لِأَنَّهُ يَجْرِي ^(١٠٣) مَجْرَى النِّكَاحِ الصَّحِيحِ فِي لُحُوقِ النَّسَبِ ، فَكَذَلِكَ فِي الْعِدَّةِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا ؛ لِوُجُوهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهَا خُلُوةٌ فِي غَيْرِ نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، أُشْبِهَتْ الَّتِي نِكَاحُهَا بَاطِلٌ . وَالثَّانِي ،

١٥٠/٨ ظ

(١٠٠) ق م : ٥ : شهدا .

(١٠١-١٠٢) سقط من : ١ ، ب .

(١٠٢) ق ب ، م : ٥ : جرى .

أنَّ الخلوة عنده في النكاح الصحيح لا تُوجب العِدَّة، ففي الفاسد أولى . وهذا مُقتضى قول ابن حامد .

فصل : في عِدَّة الْمُعْتَقِ بعضها . ومتى كانت مُعتدَّة بالحمل أو بالقُرْوَ ، فعِدَّتُها كِعِدَّةِ الْحُرَّةِ ؛ لأنَّ عِدَّةَ الْحَامِلِ لَا تَحْتَلِفُ بِالرُّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ ، وَعِدَّةُ الْأُمَةِ بِالْقُرْوَ قُرْءَان ، فَأَذْنَى مَا يَكُونُ فِيهَا مِنَ الْحُرِّيَّةِ يُوجِبُ قُرْءَانًا ثَالِثًا ، لِأَنَّهُ لَا يَتَّبَعُ . وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً بِالشَّهْرِ ، إِمَّا لِلْوَفَاةِ ، وَإِمَّا لِلْإِنْسَاءِ أَوِ الصَّغَرِ ، فعِدَّتُها بِالحِسَابِ مِنْ عِدَّةِ حُرَّةٍ وَأُمَةٍ ، فَإِذَا كَانَ يَنْصِفُهَا حُرًّا ، فَاغْتَدَّتْ لِلْوَفَاةِ ، فعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَثَمَانِ لَيَالٍ ؛ لِأَنَّ اللَّيْلَ يُحْسَبُ مَعَ النَّهَارِ ، فَيَكُونُ عَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً بِالشَّهْرِ عَنِ الطَّلَاقِ ، وَقُلْنَا : إِنَّ عِدَّةَ الْأُمَةِ شَهْرٌ وَنِصْفٌ . كَانَ عِدَّةُ الْمُعْتَقِ نِصْفُهَا ^(١) شَهْرَيْنِ وَرُبْعًا . وَإِنْ قُلْنَا : عِدَّةُ الْأُمَةِ شَهْرَانِ أَوْ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ . فعِدَّةُ الْمُعْتَقِ بعضها ، كِعِدَّةِ الْحُرَّةِ ، سَوَاءٌ . وَأُمُّ الْوَلَدِ ، وَالْمُدَبَّرَةُ ، وَالْمَكَاتِبَةُ ، عِدَّتُهُنَّ كِعِدَّةِ الْأُمَةِ ، سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّهُنَّ إِمَاءٌ .

١٣٥٧ - مسألة : قال (: وَأُمُّ الْوَلَدِ إِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا ، فَلَا تَنْكِحُ حَتَّى يَحِيضَ خِيضَةً كَامِلَةً)

هذا هو ^(١) المشهور عن أحمد . وهو قول ابن عمر . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَانَ ، وَعَائِشَةَ ، وَالْحَسَنِ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، وَأَبِي قَلَابَةَ ، وَمَكْحُولٍ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَعْتَدُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا . وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَأَبِي عِيَّاضٍ ، وَابْنِ سَيِّبٍ ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَخَلَّاسٍ ^(٢) بْنِ عَمْرٍو ، وَعَمْرٍو بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَهَبُ بْنُ عَبْدِ الْمَلِكِ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِي ، أَنَّهُ قَالَ : لَا تُفْسِدُوا

(١٠٣) في ب ، م : ٥ نصفه .

(١) سقط من : أ ، ب ، م .

(٢) في النسخ : ٥ خلاص . وتقدم في : ٤٣٩/٩ .

علينا سنة نبينا ﷺ ، عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها أربعة أشهر وعشرون. رواه أبو داود^(٣). ولأنها حرة تعتد للوفاة ، فكانت عدتها أربعة أشهر وعشرون ، كالزوجة الحرة. وحكى أبو الخطاب ، رواية ثالثة / ، أنها^(٤) تعتد شهرين وخمسة أيام . ولم أجد هذه الرواية عن أحمد ، في « الجامع » ، ولا أظنها صحيحة عن أحمد . وروى ذلك عن عطية ، وطاوس ، وقتادة ؛ لأنها^(٥) حين الموت أمة ، فكانت عدتها عدة الأمة ، كالمات رجل عن زوجته الأمة ، فعتقت بعد موته . وروى^(٦) عن علي ، وابن مسعود ، وعطية ، والنعمي ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، أن عدتها ثلاث حيض ؛ لأنها حرة تستبرأ ، فكان استبرأؤها ثلاث حيض ، كالحررة المطلقة . ولنا ، أنه استبرأ لزوال الجليك عن الرقية ، فكان حيضة في حق من تحيض ، كسائر استبراء المعتقات والمملوكات ، ولأنه استبرأ لغير الزوجات والموطوءات بشبهة ، فأشبه ما ذكرنا . قال القاسم بن محمد : سبحان الله ، يقول الله تعالى في كتابه : ﴿ وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾^(٧) . ما هن بأزواج . فأما حديث عمرو بن العاصي ، فضعيف . قال ابن المنذر : ضعف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاصي . وقال محمد بن موسى^(٨) :

(٣) في : باب في عدة أم الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٩/١ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب عدة أم الولد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٧٣/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٠٣/٤ . والدارقطني ، في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣٠٩/٣ . والبيهقي ، في : باب استبراء أم الولد ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤٧/٧ ، ٤٤٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب من قال : عدتها أربعة أشهر وعشرون ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٦٢/٥ .

(٤) سقط من : م .

(٥) في م : « ولأنها » .

(٦) في ب : « وروى » .

(٧) سورة البقرة ٢٣٤ .

(٨) لعله ابن مشيش البغدادي ، كان يستعمل للإمام أحمد ، وكان من كبار أصحابه . طبقات الحنابلة ٣٢٣/١ . وترجم ابن أبي يعلى لمحمد بن موسى بن أبي موسى التهرتري البغدادي أيضا ، وذكر أنه كان عنده جزء مسائل كبار جواد عن الإمام أحمد . انظر : طبقات الحنابلة ٣٢٣/١ ، ٣٢٤ .

سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ ، فَقَالَ : لَا يَصِيحُ . وَقَالَ السَّيْمُونِيُّ :
رَأَيْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يَعْجَبُ مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ هَذَا ، ثُمَّ قَالَ : أَيْنَ سُنَّةُ النَّبِيِّ ﷺ
فِي هَذَا ؟ وَقَالَ : أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ إِنَّمَا هِيَ عِدَّةُ الْحُرَّةِ مِنَ النِّكَاحِ ، وَإِنَّمَا هَذِهِ أُمَّةٌ
خَرَجَتْ مِنَ الرِّقِّ إِلَى الْحُرِّيَّةِ . وَيَلْزَمُ مِنْ قَالَ بِهَذَا أَنْ يُورَثَهَا . وَلَيْسَ لِقَوْلِهِ مِنْ قَالَ : تُعْتَدُ
بِثَلَاثٍ حَيْضٍ . وَجَهٌ ، وَإِنَّمَا^(٩) تُعْتَدُ بِذَلِكَ الْمُطَلَّعَةُ ، وَلَيْسَتْ هَذِهِ مُطَلَّعَةً ، وَلَا فِي
مَعْنَى الْمُطَلَّعَةِ . وَأَمَّا قِيَاسُهُمْ إِيَّاهَا عَلَى الزَّوْجَاتِ ، فَلَا يَصِيحُ ؛ لِأَنَّ^(١٠) هَذِهِ لَيْسَتْ
زَوْجَةً ، وَلَا فِي حُكْمِ الزَّوْجَةِ ، وَلَا مُطَلَّعَةً ، وَلَا فِي حُكْمِ الْمُطَلَّعَةِ .

فصل : لَا يَكْفِي فِي الْاسْتِبْرَاءِ طَهْرٌ وَاحِدٌ ، وَلَا بَعْضُ حَيْضَةٍ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ
الْعِلْمِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ مَالِكٍ : مَتَى طَعَنْتَ فِي الْحَيْضَةِ ، فَقَدْ تَمَّ اسْتِبْرَاؤُهَا .
وَرَعِمَ أَنَّهُ مَذْهَبُ مَالِكٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : يَكْفِي طَهْرٌ وَاحِدٌ إِذَا كَانَ
كَامِلًا ، وَهُوَ أَنْ يَمُوتَ فِي حَيْضِهَا ، فَإِذَا رَأَيْتِ الدَّمَ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّانِيَةِ ، حَلَّتْ ، وَتَمَّ
اسْتِبْرَاؤُهَا . وَهَكَذَا الْخِلَافُ فِي الْاسْتِبْرَاءِ كُلِّهِ ، وَيَتَوَضَّعُ عَلَى أَنَّ الْقُرْوَءَ الْأَطْفَاءَ ، وَهَذَا
يُرَدُّهُ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ / : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ ، وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ
بِحَيْضَةٍ »^(١١) . وَقَالَ وَرُفِعُ بْنُ ثَابِتٍ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ يَوْمَ خَيْبَرَ : « مَنْ
كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، فَلَا يَطَأُ جَارِيَةً مِنَ السَّبْيِ حَتَّى يُسْتَبْرَأَ^(١٢) بِحَيْضَةٍ » .
رَوَاهُ الْأَثَرُمُ^(١٣) . وَهَذَا صَرِيحٌ فَلَا يُعْوَلُ عَلَى مَا خَالَفَهُ . وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ اسْتِبْرَاءَ ، وَالَّذِي
يُذَلُّ عَلَى الْبَرَاءَةِ هُوَ الْحَيْضُ ، فَإِنَّ الْحَامِلَ لَا تَحِيضُ . فَأَمَّا الطَّهْرُ فَلَا دَلَالَهَ فِيهِ^(١٤) عَلَى

(٩) سقطت الواو من : الأصل ، ١ .

(١٠) في ١ ، ب ، م ، د : فإن .

(١١) تقدم تحريمه ، في ٤٤٤/١ .

(١٢) في ١ ، ب : تستبرأ .

(١٣) وأخرجه أيضا الدارمي عن رافع في يوم خيبر ، في : باب استبراء الأمة ، من كتاب السور . سنن الدارمي

٢٢٧/٢ . وانظر ما تقدم في ٤٤٤/١ .

(١٤) في ١ ، م ، د : عليه .

البراءة ، فلا يجوز أن يُعَوَّل في الاستبراء على ما لا دلالة فيه ^(١٥) عليه ، دون ما يَدُل عليه .
 وبنائهم قولهم هذا على قولهم ^(١٦) : إن القُرْءَ الأطهارُ . بناءً للخلاف ^(١٧) على
 الخلاف ، وليس ذلك بحُجَّةٍ ، ثم لم يُمكنْهم بناء هذا على ذاك حتى خالفوه ، فجعلوا
 الطَّهْرَ الذي طَلَّقَهَا فيه قُرْءًا ، ولم يجعلوا الطَّهْرَ الذي مات فيه سَيِّدُ أُمِّ الْوَلِيدِ قُرْءًا ، وخالفوا
 الحديث والمعنى . فإن قالوا : إنَّ بعضَ الحَيْضَةِ الْمُقْتَرِنَ بالطَّهْرِ يَدُلُّ على البراءة . قلنا :
 فيكون الاعتمادُ حَيْثُ دَلَّ على بعضِ الحَيْضَةِ ، وليس ذلك قُرْءًا عند أحدٍ . فإذا تقررَ هذا ،
 فإن مات عنها وهي طاهرٌ ، فإذا طَهَّرَتْ من الحَيْضَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ ^(١٨) حَلَّتْ ، ^(١٩) وإن
 كانت حائِضًا ، لم تَعْتَدْ ببقية تلك الحَيْضَةِ ، ولكن متى طَهَّرَتْ من الحَيْضَةِ الثانية
 حَلَّتْ ^(٢٠) ؛ لأنَّ استبراء هذه بحَيْضَةٍ ، فلا بُدَّ من حَيْضَةٍ كاملةٍ .

١٣٥٨ - مسألة : قال (: وَإِنْ كَانَتْ آيسًا ^(٢١) ، فَبِلَالَةِ أَشْهُرٍ)

وهذا المشهورُ عن أحمدَ أيضًا . وهو قولُ الحسن ، وابنِ سيرين ، والثَّخَفِيُّ ، وأبي
 قَلَابَةَ ، وأحدُ قَوْلَيْ الشافعيِّ . وسألَ عمرُ بن عبد العزيزَ أهلَ المدينة والقَوَائِلَ ، فقالوا :
 لا تُسْتَبْرَأُ الحُبْلَى في أَقَلِّ من ثلاثةِ أَشْهُرٍ . فَأَعْجَبَهُ قولهم . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ،
 أَنَّهَا تُسْتَبْرَأُ بِشَهْرٍ . وهو قولُ ثَانٍ للشافعيِّ ؛ لأنَّ الشَّهْرَ قائمٌ مَقَامَ الْقُرْءِ في حَقِّ الحُرَّةِ وَالْأُمَةِ
 الْمُطَلَّقةِ ، فكذلك في الاستبراء . وذكر القاضي روايةً ثالثةً ، أَنَّهَا تُسْتَبْرَأُ بِشَهْرَيْنِ ، كَعِدَّةِ
 الْأُمَةِ الْمُطَلَّقةِ . ولم أرَ لذلك ^(٢٢) وَجْهًا ، ولو كان استبرأؤها بِشَهْرَيْنِ ، لَكَانَ

(١٥) سقط من : أ ، ب ، م .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) في ب : الخلاف .

(١٨) في ب : الثانية .

(١٩-٢٠) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢١) في الأصل ، ب : مؤنثة .

(٢٢) في م : بذلك .

استبراء ذات القرء بقرأين، ولم^(٣) نعلم به قائلًا. وقال سعيد بن المسيب، وعطاء، والضحاك، والحكم، في الأمة التي لا تحيض: تستبرأ بشهر ونصف. ورواه حنبل عن أحمد، فإنه قال: قال عطاء: إن كانت لا تحيض، فحنس وأربعون ليلة. قال عَمِي: كذلك أذهب؛ لأنَّ عِدَّةَ الْأُمَةِ^(٤) الْمُطْلَقَةِ الْآيِسَةِ كذلك. والمشهور عن أحمد الأول.

١٥٢/٨ قال أحمد بن القاسم: قلت لأبي عبد الله: كيف جعلت ثلاثة أشهر مكانَ حَيْضَةٍ، وإنما جعل الله في القرآن مكانَ كُلِّ حَيْضَةٍ شهرًا؟ فقال: إنما قلنا بثلاثة^(٥) أشهر من أجل الحمل، فإنه لا يتبين في أقل من ذلك، فإنَّ عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك، وجمع أهل العلم والقوايل، فأخبروه أنَّ الحمل لا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر، فأعجبه ذلك.

ثم قال: ألا تسمع قول ابن مسعود: إنَّ النطفة أربعين يومًا، ثم علقه أربعين يومًا، ثم مضى بعد ذلك^(٦). قال أبو عبد الله: فإذا خرجت الثمانون، صار بعدها مضغة، وهي لحم، فتبين حيث يلد. وقال لي: هذا معروف عند النساء. فأما شهر، فلا معنى فيه، ولا نعلم به قائلًا. ووجه استبرائها^(٧) بشهر، أنَّ الله تعالى جعل الشهر مكانَ الحَيْضَةِ، ولذلك اختلفت المشهور باختلاف الحيضات، فكانت عِدَّةُ الْحُرَّةِ الْآيِسَةِ ثلاثة أشهر، مكانَ ثلاثة قُرُوءٍ، وعدة الأمية شهرين، مكانَ قرأتين، وللأمية^(٨) المستبرأة التي ارتفع حيضها عشرة أشهر؛ تسعة للحمل، وشهر مكانَ الحَيْضَةِ، فيجب أن يكون مكانَ الحَيْضَةِ ههنا شهر، كما في حق من ارتفع حيضها. فإن قيل: فقد وجد ثم ما دلَّ على البراءة، وهو تربص تسعة أشهر. قلنا: وههنا ما يدلُّ على البراءة، وهو الإياس، فاستويا.

(٣) في ١: ٥ ولا .

(٤) سقط من: ب .

(٥) في ١: ٥ ثلاثة .

(٦) تقدم ترجمته في صفحة ٢٣١ .

(٧) م: ٥ استبرأه .

(٨) ب: ١ وللأمرأة .

١٣٥٩ - مسألة : قال : (وَإِنْ أَرْفَعَ حَيْضُهَا لَا تَدْرِي مَا رَفَعَهُ ، اغْتَدَتْ بِسَعَةِ أَشْهُرٍ ^(١) ، وَشَهْرٍ مَكَانَ الْحَيْضَةِ)

في ^(٢) هذه المسألة أيضاً روايتان ؛ إحداهما ، أنها تُسْتَبْرَأُ بعشرة أشهر . والثانية بسنة ؛ تسعة أشهر للحمل ، لأنها غالب مُدَّتِهِ ، وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التي تُسْتَبْرَأُ بها الآيسات . وقد ذكرنا الروايتين في الآيسَةِ ، وذكرنا أن المُختارَ عن أحمد استبراءها بثلاثة أشهر ، وهُنَا جَعَلَ مَكَانَ الْحَيْضَةِ شهراً ؛ لأنَّ اعتبارَ تَكَرُّرِهَا في الآيسَةِ ، ثَلَعَلَمَ بَرَاءَتُهَا من الحمل ، وقد عَلِمَ بَرَاءَتُهَا مِنْهُ هُنَا بِمُضِيِّ غَالِبِ مُدَّتِهِ ، فَجَعَلَ الشَّهْرَ مَكَانَ الْحَيْضَةِ عَلَى رُفْقِ الْقِيَاسِ .

فصل : وإن عَلِمَتْ مَا رَفَعَ الْحَيْضُ ، لم تَزَلْ في الاستبراءِ حتى يَعُودَ الحيضُ ، فتُسْتَبْرَأُ نَفْسُهَا ^(٣) بِحَيْضَةٍ ، إِلَّا أَنْ تُصِيرَ آيسَةً ، فتُسْتَبْرَأُ نَفْسُهَا استبراءَ الآيسَاتِ . وإن اِزْتَابَتْ بِنَفْسِهَا ^(٤) ، فهي كَالْحُرَّةِ الْمُسْتَبْرِئَةِ ^(٥) . وقد ذكرنا حُكْمَهَا فيما مضى من هذا الباب . والله تعالى أعلم .

١٣٦٠ - / مسألة : قال : (وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً ، فَحَتَّى تَضَعَ) ط ١٥٢/٨

وهذه ، بِحَمْدِ اللَّهِ ، لا خِلَافَ فِيهَا فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَأَوْلَتْ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(١) . وقال النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ » ^(٢) . ولأنَّ عِدَّةَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا وَالْمُطَلَّقةِ وَاسْتِبْرَاءَ كُلِّ أَمَةٍ إِذَا كَانَتْ

(١) سقط من : م .

(٢) في ا ، ب ، م : « : ولى » .

(٣) في م : « بنفسها » .

(٤) في م : « بنفسها » .

(٥) في ب : « المستبرئة » .

(١) سورة الطلاق ٤ .

(٢) تقدم تخريجُه ، في ١٠/٤٤٤ .

حَامِلًا بَوْضُجَ حَمْلِهَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْعِدَّةِ وَالِاسْتِئْثَارِ مَعْرِفَةَ بَرَاءَةِ الرَّجَمِ مِنَ الْحَمْلِ ، وَهَذَا يَخْصُلُ بَوْضُجِهِ ، وَمَتَى كَانَتْ حَامِلًا بِاثْنَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ . فَلَا يَنْقَضِي اسْتِئْثَارُهَا حَتَّى تَضَعَ آخَرَ حَمْلِهَا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْمُعْتَدَةِ .

فصل : وَإِذَا زَوَّجَ أُمُّ وَلَدِهِ ، ثُمَّ مَاتَ ، عَقَّتْ ، وَلَمْ يَلْزَمْهَا اسْتِئْثَارٌ ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَى الْمَوْلَى ، وَلَيْسَتْ لَهُ فِرَاشًا ، وَإِنَّمَا هِيَ فِرَاشٌ لِلزَّوْجِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهَا الْاسْتِئْثَارُ مِمَّنْ لَيْسَتْ لَهُ فِرَاشًا ، وَلَئِنْ لَمْ يَزَوِّجْهَا حَتَّى اسْتِئْثَارَهَا ، فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ لَهُ تَزْوِيجُهَا قَبْلَ اسْتِئْثَارِهَا . فَإِنْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قَبْلَ دُخُولِهِ بِهَا ، فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا أَيْضًا ، وَإِنْ طَلَّقَهَا بَعْدَ الْمَسِيَسِ ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا قَبْلَ ذَلِكَ أَوْ بَعْدَهُ ، فَعَلَيْهَا عِدَّةُ حُرَّةٍ كَامِلَةٌ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ صَارَتْ حُرَّةً فِي حَالِ وُجُوبِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا . وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهَا وَهِيَ فِي عِدَّةِ الزَّوْجِ ، عَقَّتْ ، وَلَمْ يَلْزَمْهَا اسْتِئْثَارٌ ، لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلَئِنْ زَالَ فِرَاشُهَا قَبْلَ مَوْتِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهَا اسْتِئْثَارٌ مِنْ أَجْلِهِ ، كَغَيْرِ أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا بَاعَهَا ثُمَّ مَاتَ . وَثَبَّتِي عَلَى عِدَّةِ أُمِّهِ إِنْ كَانَ طَلَّاقُهَا بِإِنَاءٍ ، أَوْ كَانَتْ مَتَوَفًى عَنْهَا ، وَإِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً ، بَقِيَ عَلَى عِدَّةِ حُرَّةٍ ، عَلَى مَا مَضَى . وَإِنْ بَانَتْ مِنَ الزَّوْجِ قَبْلَ الدُّخُولِ بِطَلَّاقٍ ، أَوْ بَانَتْ بِمَوْتِ زَوْجِهَا ، أَوْ طَلَّاقِهِ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَقَضَتْ عِدَّتَهُ ، ثُمَّ مَاتَ سَيِّدُهَا ، فَعَلَيْهَا الْاسْتِئْثَارُ ؛ لِأَنَّهَا عَادَتْ إِلَى فِرَاسِهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَلْزَمُهَا اسْتِئْثَارٌ ، إِلَّا أَنْ يَرُدَّهَا السَّيِّدُ إِلَى نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ فِرَاشَهُ قَدْ زَالَ بِتَزْوِيجِهَا ، وَلَمْ يَتَجَدَّدْ لَهَا مَا يَرُدُّهَا إِلَيْهِ ، فَاسْتَبْهَتِ الْأَمَةُ غَيْرَ الْمَوْطُوءَةِ .

فصل : فَإِنْ مَاتَ زَوْجُهَا وَسَيِّدُهَا ، وَلَمْ تَعْلَمْ أَيُّهُمَا مَاتَ أَوَّلًا ، فَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، لَيْسَ عَلَيْهَا اسْتِئْثَارٌ ؛ لِأَنَّ فِرَاشَ سَيِّدِهَا قَدْ زَالَ عَنْهَا ، وَلَمْ تَعُدْ إِلَيْهِ ، وَعَلَيْهَا أَنْ تَعُدَّ لَوْفَاةِ زَوْجِهَا عِدَّةَ الْخَرَائِرِ ؛ ^(١) لِأَنَّهُ ^(٢) يَحْتَمِلُ أَنْ سَيِّدَهَا مَاتَ أَوَّلًا ، ثُمَّ مَاتَ زَوْجُهَا وَهِيَ حُرَّةٌ فَلَزِمَهَا عِدَّةُ الْحُرَّةِ ^(٣) ، لِتَخْرُجَ مِنَ الْعِدَّةِ بَيِّنِينَ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخَرِ ، إِنْ كَانَ بَيْنَ مَوْتَيْهِمَا

(٣-٣) سقط من الأصل .

(٤) في م : ١٠ ولأنه ؛ .

شهران وخمسة أيام فما دون ، فليس عليها استبراء ؛ لأنَّ السَّيِّدَ إِنْ كَانَ مَاتَ أَوَّلًا ، فَقَدْ مَاتَ وَهِيَ زَوْجَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ مَاتَ آخِرًا ، فَقَدْ مَاتَ وَهِيَ مُعْتَدَّةٌ ، وَلَيْسَ عَلَيْهَا اسْتِبْرَاءٌ فِي هَاتَيْنِ الْحَالَتَيْنِ / ، وَعَلَيْهَا أَنْ تُعْتَدَّ بَعْدَ مَوْتِ الْآخِرِ مِنْهُمَا ^(٥) عِدَّةَ الْحُرَّةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . ١٥٣/٨

وَإِنْ كَانَ بَيْنَ مَوْتَيْهِمَا أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ، فَعَلَيْهَا بَعْدَ مَوْتِ الْآخِرِ مِنْهُمَا ^(٦) أَطْوَلُ الْأَجَلَيْنِ ، مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ ، وَاسْتِبْرَاءٍ بِحَيْضَةٍ ^(٧) ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّ ^(٨) السَّيِّدَ مَاتَ أَوَّلًا ، فَيَكُونُ عَلَيْهَا عِدَّةُ الْحُرَّةِ مِنَ الْوَفَاةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَاتَ آخِرًا ، بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا مِنَ الزَّوْجِ ، وَغَوَّيَهَا إِلَى فِرَاشِهِ ، فَلَزِمَهَا اسْتِبْرَاءُ بِحَيْضَةٍ ، فَوَجِبَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا لِتَسْقُطَ الْفَرَضُ بَيَقِينٍ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : وَعَلَى هَذَا جَمِيعُ الْقَائِلِينَ مِنَ الْعُلَمَاءِ بِأَنَّ عِدَّةَ ^(٩) أُمِّ الْوَلَدِ ^(١٠) مِنْ سَيِّدِهَا بِحَيْضَةٍ ، وَمِنْ زَوْجِهَا شَهْرَانِ وَخَمْسَ لَيَالٍ ، فَإِنْ جُهِلَ مَا بَيْنَ مَوْتَيْهِمَا ^(١١) ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ عَلِمْنَا أَنَّ بَيْنَهُمَا شَهْرَيْنِ وَخَمْسَ لَيَالٍ ، اخْتِطَاطًا لِإِسْقَاطِ الْفَرَضِ بَيَقِينٍ ، كَمَا أَخَذْنَا بِالْاخْتِطَاطِ فِي الْإِيجَابِ ^(١٢) بَيْنَ عِدَّةِ حُرَّةٍ وَحَيْضَةٍ ، فِيمَا إِذَا عَلِمْنَا أَنَّ بَيْنَهُمَا شَهْرَيْنِ وَخَمْسَ لَيَالٍ . وَقَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ ^(١٣) كَقَوْلِنَا ^(١٤) ، وَكَذَلِكَ قَوْلُ أَيْ حَنِيفَةٍ وَأَصْحَابِهِ ، إِلَّا أَنَّهُمْ جَعَلُوا مَكَانَ الْحَيْضَةِ ثَلَاثَ حَيْضَاتٍ ، بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِمْ فِي اسْتِبْرَاءِ أُمِّ الْوَلَدِ . وَقَالَ ابْنُ الْمُثَنِّ : حُكْمُهَا حُكْمُ الْإِمَاءِ ، وَعَلَيْهَا شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ ، وَلَا تُنْقَلُهَا إِلَى حُكْمِ الْحَرَائِرِ إِلَّا بِإِخَاطَةِ أَنَّ الزَّوْجَ مَاتَ بَعْدَ الْمَوْلَى . وَقِيلَ : إِنَّ هَذَا قَوْلُ أَيْ بَكْرِ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَيْضًا . وَالَّذِي ذَكَرْنَاهُ أَخْوَفُ . فَأَمَّا الْمِيرَاثُ ، فَإِنَّهَا لَا

(٥-٥) سقط من : الأصل ، ب .

(٦) في ب : الحِيضَةُ .

(٧) في م زيادة : يكون .

(٨-٨) في م : الأمة .

(٩) في م : موته .

(١٠) في الأصل : بالإِيجَابِ .

(١١) في م : القول .

(١٢) في م : مثل قولنا .

ثُرْتُ مِنْ زَوْجِهَا شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ^(١٣) الرُّقُ ، وَالْحَرَمَةُ مُشْكُوكٌ فِيهَا ، فَلَمْ تَرِثْ مَعَ الشُّكِّ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْإِزْثِ وَالْعِدَّةِ ، أَنَّ إِبْجَابَ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا اسْتِظْهَارٌ لَا^(١٤) ضَرَرَ فِيهِ عَلَى غَيْرِهَا ، وَإِبْجَابُ الْإِزْثِ اسْتِظْهَارٌ لِحَقِّ غَيْرِهَا ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ تَحْرِيمُ التَّكَاجِ عَلَيْهَا ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بَيِّعِينَ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْمِيرَاثِ لَهَا ، فَلَا تَرِثُ إِلَّا بَيِّعِينَ . فَإِنْ قِيلَ : أَفَلَيْسَ^(١٥) زَوْجَةُ الْمَفْقُودِ لَوْ مَاتَ^(١٦) وَقَفَّ مِيرَاثُهُ مِنْهَا مَعَ الشُّكِّ فِي إِرْثِهِ ؟ قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْأَصْلَ هُنَا الرُّقُ ، وَالشُّكُّ فِي زَوَالِهِ وَحُدُوثِ الْحَالِ الَّتِي يَرِثُ فِيهَا ، وَالْمَفْقُودُ الْأَصْلُ حَيَاتُهُ ، وَالشُّكُّ فِي مَوْتِهِ وَخُرُوجِهِ عَنْ كَرْنِهِ وَارِثًا ، فَافْتَرَقَا .

١٣٦١ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ أَعْتَقَ أُمَّ وَلَدِهِ ، أَوْ أُمَةً كَانَ يُصِيبُهَا ، لَمْ تُشْكَعْ حَتَّى يَحِيضَ حَيْضَةً كَامِلَةً ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَرَادَ أَنْ يُزَوِّجَهَا^(١) ، وَهِيَ فِي مِلْكِهِ ، اسْتَبْرَأَهَا بِحَيْضَةٍ ، ثُمَّ زَوَّجَهَا^(٢))

لا يَخْتَلَفُ الْمَذْهَبُ فِي^(٣) أَنَّ الْاسْتِبْرَاءَ هُنَا بِحَيْضَةٍ فِي ذَاتِ الْقُرْءِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَهُوَ قَوْلُ الزُّهْرِيِّ وَالثَّوْرِيِّ ، فِي مَنْ / أَرَادَ تَزْوِيجَ^(٤) أُمَةٍ كَانَ يُصِيبُهَا . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَيْسَ عَلَيْهَا اسْتِبْرَاءٌ ؛ لِأَنَّ لَهَا بَيْعَهَا ، فَكَانَ لَهَا تَزْوِيجُهَا ، كَالَّتِي لَا يُصِيبُهَا . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ : عِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ ، كَعِدَّةِ الْأُمَةِ الْمُطْلَقَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا فِرَاشٌ لِسَيِّدِهَا ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ تَنْتَقِلَ إِلَى فِرَاشِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ ، كَمَا لَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَلِأَنَّ هَذِهِ مَوْطُوءَةٌ وَطَقًا لَهُ حَرَمَةٌ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ تَتَزَوَّجَ قَبْلَ الْاسْتِبْرَاءِ ، كَالْمَوْطُوءَةِ بِشَبْهَةٍ ،

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في الأصل : ولا .

(١٥-١٦) في م : والمفقود إذا ماتت زوجته .

(١) في ١ : يتزوجها .

(٢) في ١ : تزوجها .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في ١ : تزوج .

وهذا لأنه إذا وُطِّعها سيدها اليوم ، ثم زَوَّجها^(٥) ، فَوُطِّعها الزَّوْجُ في آخِرِ اليوم ، أفضى إلى اختلاط الميَّاهِ ، وامتزاج الأنسابِ ، وهذا لا يَجِلُّ ، ويخالف البَيْعَ ؛ فإنَّها لا تُصِيرُ به فراشاً ، ولا يَجِلُّ لمُشْتَرِكها وطُوعاً حتى يَسْتَبْرِئَها ، فلا يُفْضَى إلى اختلاط الميَّاهِ ، ولهذا يَصِيحُ في الْمُعْتَدَةِ وَالْمُتَزَوِّجَةِ^(٦) ، بخلاف التَّزْوِيجِ .

فصل : فإن لم تكن من ذَوَاتِ الْقُرْوِ ، فاستبرأوها بما ذكرنا في أمِّ الْوَلَدِ ، على ما شَرَحْنَا . ومفهومُ كلامِ الْخِرَقِيِّ ، أنَّها إذا كانت أُمَّةٌ لا يَطُوعُها سيدها ، لم يَلْزَمُها استبراء ؛ لأنها ليست فراشاً لسيدها ، فلم يَلْزَمُها الاستبراء ، كالمُتَزَوِّجَةِ وَالْمُعْتَدَةِ ، ولأنَّ تَرْكِهَا بِالِاسْتِبْرَاءِ^(٧) لا يُفْضَى إلى اختلاط الميَّاهِ ، وامتزاج الأنسابِ ، بخلاف المَوْطُوءَةِ .

فصل : وإن مات عن أُمَّةٍ كان يُصَيِّبُها ، فاستبرأوها بما ذكرنا في أمِّ الْوَلَدِ ؛ لأنها فراشٌ لسيدها ، فأشبهتْ أمَّ الْوَلَدِ ، إلَّا أنَّها إن^(٨) كانت من ذَوَاتِ الْقُرْوِ ، فاستبرأوها بحَيْضَةٍ وَاحِدَةٍ ، روايةً وَاحِدَةً ؛ لأنها لا تُصِيرُ حُرَّةً .

فصل : وإن أَعْتَقَ أمُّ وَلَدِهِ ، أو أُمَّتُهُ التي كان يُصَيِّبُها ، أو غيرها مِمَّنْ تَجَلَّ له إصابتُها ، فله أن يَتَزَوَّجَها في الْحَالِ ، من غيرِ اسْتِبْرَاءٍ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْتَقَ صَفِيَّةً ، وَتَزَوَّجَها ، وَجَعَلَ عِتْقَها صَدَاقَها^(٩) . وقال النَّبِيُّ ﷺ : «ثَلَاثَةٌ يَوْقُونَ أَجْرَهُمْ مَرَّتَيْنِ ؛ رَجُلٌ كَانَتْ لَهُ أُمَةٌ ، فَأَذْبَحَها فَأَحْسَنَ تَأْذِيْبَها ، وَعَلَّمَها فَأَحْسَنَ تَعْلِيْمَها ، ثُمَّ أَعْتَقَها وَتَزَوَّجَها»^(١٠) . ولم يذكر

(٥) في ب : « تزوجها » .

(٦) في ب ، م : « والمتزوجة » .

(٧) في ب : « للاستبراء » .

(٨) في ب ، م ، هـ : « إذا » .

(٩) تقدم ترجمته ، في : ٣٤٨/٩ .

(١٠) تقدم ترجمته ، في : ٣٩٧/٩ .

استبراء^(١١)، ولأن الاستبراء^(١٢) لصيانة مائه وحفظه عن الاختلاط بماء غيره، ولا يضان ماؤه عن مائه، ولهذا كان له أن يتزوج مختلعة في عدتها. وقد روى عن أحمد، في الأمة التي لا يطؤها إذا اغتفها: لا يتزوجها بغير استبراء؛ لأنه لو باعها لم تجز للمشتري بغير استبراء. والصحيح أنه يجز له ذلك؛ لأنه يجز له وطؤها بملك اليمين، فكذلك بالإنكاح، كالتى كان يصيبها، ولأن النبي ﷺ أغتنق صفيّة وتزوجها، / ولم ينقل أنه كان أصابها، والحديث الآخر يدل على جلها له بظاهره، لدخولها في العموم، ولأنها تجز لمن يتزوجها^(١٣) سيواه، فله أولى، ولأنه^(١٤) لو استبرأها، ثم اغتفها وتزوجها في الحال، كان جائزاً حسناً، فكذلك هذه، فإنه تارك لوطنها، ولأن وجوب الاستبراء في حق غيره، إنما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره، ولا يوجد ذلك ههنا. وكلام أحمد، محمول على من اشتراها، ثم تزوجها قبل أن يستبرئها.

فصل: وإن اشترى أمة، فأغتنقها قبل استبرائها، لم يجز أن يتزوجها حتى يستبرئها. وهذا قال الشافعي. وقال أصحاب الرأي: له ذلك. ويحكي أن الرشيد اشترى جارية، فناقت نفسه إلى جماعها قبل استبرائها، فأمره أبو يوسف أن يغتنقها ويتزوجها ويطأها. قال أبو عبيد الله: وتلغنى أن المهدي اشترى جارية، فأعجبته، فقيل له: اغتنقها وتزوجها. قال أبو عبيد الله: سبحان الله، ما أعظم هذا، أبطلوا الكتاب والسنة، جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل، فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها إلا تعتد من أجل الحمل، وسن رسول الله ﷺ استبراء الأمة بخيضة من أجل الحمل، ففرج بوطاً يشتره، ثم يغتنقها على المكان، فيتزوجها، فيطؤها، يطؤها رجل اليوم ويطؤها^(١٥) الآخر غداً، فإن كانت حاملاً كيف يصنع؟ هذا نقض

(١١) في ب، م: الاستبراء.

(١٢) في ب، م: استبراء.

(١٣) في م: تزوجها.

(١٤) في الأصل: ولأنها.

(١٥) في الأصل، أ: ويطأ.

الكتاب والسُّنة ، قال النبي ﷺ : « لَا تُوطَأُ الْحَامِلُ »^(١٦) حَتَّى تُضَعَّ ، وَلَا غَيْرَ الْحَامِلِ حَتَّى تُحْيِضَ »^(١٧) . وهذا لَا يَذَرِي أَمَى حَامِلٌ أَمْ لَا . مَا أَسَمَحَ هَذَا أَقِيلَ لَهُ : إِنَّ قَوْمًا يَقُولُونَ هَذَا . فَقَالَ : قَبِّحَ اللَّهُ هَذَا ، وَقَبِّحَ مَنْ يَقُولُهُ . وَفِيمَا بَيَّنَّ عَلَيْهِ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ مِنَ الْأَدِلَّةِ^(١٨) كِفَايَةٌ مَعَ مَا ذَكَرْنَا فِيمَا قَبْلَ هَذَا الْفَصْلِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُهَا لغيرِهِ قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ، إِذَا لَمْ يُعْتَقَها ؛ لِأَنَّهَا مَمْنٌ يَجِبُ اسْتِبْرَاؤها ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ تَتَزَوَّجَ ، كَالْمُعْتَدَةِ ، وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْمُشْتَرَاةُ مِنْ رَجُلٍ يَطْوُهَا ، أَوْ مِنْ رَجُلٍ قَدْ اسْتَبْرَأَهَا ثُمَّ^(١٩) لَمْ يَطْأَهَا ، أَوْ مَمْنٌ لَا يُمْكِنُ الْوَطْءُ ، كَالصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ وَالْمَجْجُوبِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِذَا اشْتَرَاهَا مَمْنٌ لَا يَطْوُهَا ، فَلَهُ تَزْوِيجُهَا ، سَوَاءً أَعْتَقَهَا أَوْ لَمْ يُعْتَقَها ، وَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا إِذَا أَعْتَقَهَا ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِرَاشًا ، وَقَدْ كَانَ لِسَيِّدِهَا تَزْوِيجُهَا قَبْلَ بَيْعِهَا ، فَجَازَ ذَلِكَ بَعْدَ بَيْعِهَا ، وَلَئِنْهَا لَوْ عَتَقَتْ عَلَى الْبَائِعِ بِإِعْتَاقِهِ أَوْ غَيْرِهِ ، / لَجَازَ لِكُلِّ أَحَدٍ نِكَاحُهَا ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَعْتَقَهَا الْمُشْتَرِي . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ »^(٢٠) . وَلَئِنْهَا أَمَةٌ يَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ، فَحَرَّمَ عَلَيْهِ تَزْوِيجُهَا وَالتَّزَوُّجُ بِهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ بِأَيْمُهَا يَطْوُهَا . فَأَمَّا إِنْ أَعْتَقَهَا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ ، فَلَهُ تَزْوِيجُهَا لغيرِهِ ؛ لِأَنَّهَا حُرَّةٌ لَمْ تَكُنْ فِرَاشًا ، فَأَبِيحَ لَهَا النِّكَاحُ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهَا الْبَائِعُ ، وَفَارَقَ الْمُوْطُوءَةَ ، فَإِنَّهَا فِرَاشٌ يَجِبُ عَلَيْهَا اسْتِبْرَاءُ نَفْسِهَا إِذَا عَتَقَتْ ، فَحَرَّمَ عَلَيْهَا النِّكَاحُ ، كَالْمُعْتَدَةِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا أَرَادَ سَيِّدُهَا نِكَاحَهَا ، فَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَطْؤُهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ، كَالْمُعْتَدَةِ^(٢١) ، وَلَئِنْ هَذَا يُتَّخَذُ حِيلَةً عَلَى إِبْطَالِ الْاسْتِبْرَاءِ ، فَمُنْعٌ مِنْهُ ، بِخِلَافِ تَزْوِيجِهَا لغيرِهِ .

١٥٤/٨ ط

(١٦) ق ب : « حَامِلٌ » .

(١٧) تقدم تحريمه ، ق : ٤٤٤/١ .

(١٨) ق ١ ، م : « الْأَحَادِيثُ » .

(١٩) ق ٣ : « وَلَمْ » .

(٢٠) ق ب زيادة : « لَمْ يَكُنْ لَهُ وَطْؤُهَا » .

فصل : وإذا كانت له ^(٢١) أمة يطؤها ، فاستبرأها ، ثم أعتقها ، لم يلزمها استبراء ؛ لأنها خرجت عن كونها فراشا باستبرائها لها . وإن باعها ، فأعتقها المشتري قبل وطئها ، لم تخرج إلى استبراء لذلك . وإن باعها قبل استبرائها ، فأعتقها المشتري قبل وطئها واستبرائها ، فعليها استبراء نفسها . وإن مضى بعض الاستبراء في ملك المشتري ، لزمها إتمامه بعد عتقها ، ولا ينقطع بالتحاليل فيها ؛ لأنها لم تصير فراشا للمشتري ، ولم يلزمها استبراء باعها ^(٢٢) .

فصل : وإذا كانت الأمة بين شريكتين ، فوطئها ، لزمها استبراء وإن . وقال أصحاب الشافعي ، في أحد الوجهين : يلزمها استبراء واحد ؛ لأن القصْد معرفة براءة الرِّجْم ، ولذلك لا يجب الاستبراء بأكثر من خِصْية واحدة ، وبراءة الرِّجْم تُعْلَمُ باستبراء واحد . ولنا ، أنهما حقان مقصودان لآدميين ، فلم يتداخلا ، كالعدتين ، ^(٢٣) ولأنهما استبراء من رجلين ، فاشتبهتا العدتين ^(٢٤) ، وما ذكروه يطلُّ بالعدتين من رجلين .

١٣٦٢ - مسألة : قال : (ومن ملك أمة ، لم يصبها ولم يقبلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها بخِصْية ، إن كانت ممن حيض ، أو بوضع الحمل ، إن كانت حاملا ، أو بمضي ثلاثة أشهر ، إن كانت من الآيسات أو من اللاتي لم يحضن)

وجملته ، أن من ملك أمة بسبب من أسباب الملك ؛ كالبيع ، والهبة ، والإرث ، وغير ذلك . لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها ، بكرا كانت أو نكحاً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، ممن تحمّل أو ممن لا تحمّل . وبهذا قال الحسن ، وابن سيرين ، وأكثر أهل العلم ؛ منهم مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال ابن عمر : لا يجب استبراء البكر . وهو قول داود ؛ لأن الغرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل ،

(٢١) سقط من : ب ، م .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣-٢٤) سقط من : ب . نقل نظر .

وهذا معلوم في البكر ، فلا حاجة إلى الاستبراء . وقال الليث : إن كانت ممن لا تحمِلُ مثلها ، لم يجب استبرأؤها لذلك . وقال عثمان البتي : يجب الاستبراء على البائع دون المشتري ، لأنه لو زوجها ، لكان الاستبراء على المزوج دون الزوج ، كذلك ههنا . ولنا ، ما روى أبو سعيد^(١) ، أن النبي ﷺ نهى عام أوطاس^(٢) أن توطأ حامل حتى تضع ، ولا غير حامل حتى تحيض . رواه أحمد في « المسند »^(٣) . وعن رؤيف بن ثابت ، قال : إني لا أقول إلا ما سمعته^(٤) من رسول الله ﷺ ، سمعته يقول : « لا يحل لامرأة يؤمن بالله واليوم الآخر ، أن يقع على امرأة من السبي ، حتى يستبرئها بحيض » . رواه أبو داود^(٥) . وفي لفظ ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يوم حنين^(٦) يقول : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا يسقي ماءه زرع غيره ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يوطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيض » . رواه الأثرم . ولأنه ملك جارية محرمة عليه ، فلم تحل له قبل استبرائها ، كالتيب التي تحمِلُ ، ولأنه سبب موجب للاستبراء ، فلم يفتقر الحال فيه بين البكر والتيب ، والتي تحمِلُ والتي لا تحمِلُ ، كالعدية . قال أبو عبد الله : قد بلغني أن العذراء تحمِلُ . فقال له بعض أهل المجلس : نعم ، قد كان في جيراننا . وذكر ذلك بعض أصحاب الشافعي . وما ذكره يتطَّل بما إذا اشتراها من امرأة أو صبي ، أو ممن تحرم عليه برضاع أو غيره ، وما ذكره البتي لا يصح ؛ لأن الملك قد يكون بالسبي والإرث والوصية ، فلو لم يستبرئها

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أوطاس : وادى ديار هوازن ، كانت فيه وقعة حنين . معجم البلدان ٤٠٥/١ .

(٣) في ٢٨/٣ ، ٦٢ ، ٨٧ . كما أخرجه الدارمي ، في : باب في استبراء الأمة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٧١/٢ . وانظر ما تقدم في : ٤٤٤/١ .

(٤) في الأصل : « سمعت » .

(٥) في : باب في وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٩٧/١ .

(٦) في ١ ، ب ، م : « خير » . وهو موافق لما عند الدارمي ، حيث أخرجه في : باب في استبراء الأمة ، من كتاب السور . سنن الدارمي ٢٢٧/٢ . وما في الأصل موافق لما أخرجه أبو داود ، في الباب السابق . والإمام أحمد ، في : المسند ١٠٨/٤ .

المُشْتَرَى ، أُنْضِيَ إِلَى اخْتِلَاطِ الْمَيَاءِ ، وَاشْتِبَاهِ الْأَنْسَابِ ، وَالْفَرْقِ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالتَّزْوِيجِ ، أَنَّ النِّكَاحَ لَا يُرَادُ إِلَّا لِلْإِسْتِمَاعِ ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا فِي مَنْ تُحِلُّ لَهُ ، فَوَجِبَ أَنْ يَتَقَدَّمَ الْإِسْتِبْرَاءُ ، وَهَذَا لَا يَصِحُّ تَزْوِيجُ مُعْتَدَةٍ ، وَلَا مُرْتَدَّةٍ ، وَلَا مَجْهُوسَةٍ ، وَلَا وَثَنِيَّةٍ ، وَلَا مُحَرَّمَةٍ بِالرِّضَاعِ وَالْمُصَاهَرَةِ ، وَالْبَيْعُ يُرَادُ لِغَيْرِ ذَلِكَ ، فَصَحَّ قَبْلَ الْإِسْتِبْرَاءِ ، وَهَذَا صَحَّ فِي هَذِهِ الْمُحَرَّمَاتِ ، وَوَجِبَ الْإِسْتِبْرَاءُ عَلَى الْمُشْتَرَى ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . فَأَمَّا الصَّغِيرَةُ الَّتِي لَا يُوطَأُ مِثْلُهَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ تَحْرِيمُ قُبْلَتِهَا وَمُبَاشَرَتِهَا لِشَهْوَةِ قَبْلِ اسْتِبْرَائِهَا . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي أَكْثَرِ الرُّوَايَاتِ عَنْهُ ، قَالَ : تُسْتَبْرَأُ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي الْمَهْدِ . وَرَوَى عَنْهُ / أَنَّهُ قَالَ : إِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً بِأَيِّ شَيْءٍ تُسْتَبْرَأُ إِذَا كَانَتْ رَضِيعَةً .

وَقَالَ فِي رِوَايَةٍ أُخْرَى : تُسْتَبْرَأُ بِحَيْضَةٍ إِنْ^(٨) كَانَتْ^(٩) تَحِيضُ ، وَالْأَثَلَاةُ أَشْهُرُ إِنْ كَانَتْ مَعْنَى ثَوَاطُ وَتَحْيَلُ . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَجِبُ اسْتِبْرَاؤُهَا ، وَلَا تَحْرُمُ^(١٠) مُبَاشَرَتُهَا . وَهَذَا اخْتِيارُ ابْنِ^(١١) أَبِي مُوسَى ، وَقَوْلُ مَالِكٍ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْإِبَاحَةِ مُتَحَقِّقٌ . وَلَيْسَ عَلَى تَحْرِيمِهَا دَلِيلٌ ، فَإِنَّهُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا مَعْنَى نَصٍّ ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَ مُبَاشَرَةِ الْكَبِيرَةِ إِنْمَا كَانَ لِكُونِهِ دَاعِيًا إِلَى الْوَطْءِ الْمُحَرَّمِ ، أَوْ خَشْيَةِ أَنْ تَكُونَ أُمٌّ وَلَدٍ لْغَيْرِهِ ، وَلَا يَتَوَهَّمُ هَذَا فِي هَذِهِ ، فَوَجِبَ الْعَمَلُ بِمُقْتَضَى الْإِبَاحَةِ . فَأَمَّا مَنْ يُمْكِنُ وَطْؤُهَا ، فَلَا تُحِلُّ قُبْلَتُهَا ، وَلَا الْإِسْتِمَاعُ مِنْهَا فِيمَا^(١٢) دُونَ الْفَرْجِ قَبْلَ الْإِسْتِبْرَاءِ ، إِلَّا الْمَسْبِيَّةُ ، عَلَى إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ . وَقَالَ الْحَسَنُ : لَا يَحْرُمُ مِنَ الْمُشْتَرَاةِ إِلَّا فَرْجُهَا ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَمْتِعَ مِنْهَا بِمَا شَاءَ ، مَا لَمْ يَمَسَّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِذَا نَهَى عَنِ الْوَطْءِ ، وَلَئِنَّهُ تَحْرِيمٌ لِلْوَطْءِ مَعَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ ، فَاخْتَصَّ بِالْفَرْجِ ، كَالْحَيْضِ . وَلَنَا

(٧) ل ١ ، م : ٥ و ٤ .

(٨) ق ب م : ٥ : إِذَا ٤ .

(٩) ق م نهادة : ٥ : م م .

(١٠) ق ١ : ٥ : نَحْرَمُ ٤ .

(١١) سقط من : ب ، م .

(١٢) ق ١ ، ب ، م : ٥ : ب ٤ .

أنه استبراء يحرم الوطء، فحرم الاستمتاع، كالعدة، ولأنه لا يأمن من^(١٣) كثرها حاملاً من بائعها، فتكون أم ولد، والبيع باطل^(١٤)، فيكون مستمتعاً بأم ولد غيره، وهذا فارق تحریم الوطء للحیض. فأما المسبية، فظاهر كلام الخرقى تحريم مباشرتها فيما دون الفرج لشهوة. وهو الظاهر عن أحمد؛ لأن كل استبراء حرم الوطء حرم دواعيه، كالعدة، ولأنه داعية إلى الوطء المحرم، لأجل اختلاط المياه، واشتباؤه الأنساب، فأشبهت المبيعة. وروى عن أحمد، أنه لا يحرم؛ لما روى عن ابن عمر، أنه قال: وقع في سهجي يوم جلولة^(١٥) جارية، كأن عفتها إبريق فضة، فما ملكت نفسي أن قمْتُ إليها فقبَّلْتُها، والناس ينظرون^(١٦). ولأنه لا نص في المسبية، ولا يصح قياسها على المبيعة؛ لأنها تختل أن تكون أم ولد للبائع، فيكون مستمتعاً بأم ولد غيره، ومباشراً للمملوكة غيره، والمسبية مملوكة له على كل حال، وإنما حرم وطؤها لئلا يسقى ماءه زرع غيره. وقول الخرقى: بعد تمام ملكها. يعني أن الاستبراء لا يكون إلا بعد ملك المشتري لجميعها، ولو ملك بعضها، ثم ملك باقيها، لم يحتسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيها. وإن ملكها يبيع فيه الخيار، أثبت على نقل الملك في مدته، فإن قلنا: ينتقل. فابتداء الاستبراء من حين البيع. وإن قلنا: لا ينتقل. فابتدأه/ من حين انقطاع الخيار. وإن كان المبيع مبيعاً، فابتدأه^(١٧) الخيار^(١٨) من حين البيع؛ لأن العيب لا يمنع نقل الملك بغير خلاف. وهل يتعد الاستبراء من حين البيع قبل القبض، أو من حين القبض؟ فيه وجهان؛ أحدهما، من حين البيع؛ لأن الملك ينتقل به. والثاني، من حين القبض؛

(١٣) سقط من: ١.

(١٤) في م: ٥ باطلاً.

(١٥) جلولة: ناحية من نواحي السواد، في طريق خراسان، فتحها المسلمون في السنة التاسعة عشرة. معجم البلدان

١٠٧/٢، معجم ما استعجم ٣٩٠/٢، البداية والنهاية ٦٩/٧.

(١٦) أخرجه ابن أبي شيبة، في: باب في الرجل يشتري الأمة فيصيب منها شيئاً دون الفرج أم لا، من كتاب النكاح.

المصنف ٢٢٧/٤، ٢٢٨.

(١٧) في م: ١، ٥: فابتداءً.

(١٨) في ١: الاستبراء.

لأنَّ القَصْدَ مَعْرِفَةُ بَرَاءَتِهَا مِنْ مَاءِ الْبَائِعِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ مَعَ كَوْنِهَا فِي يَدِهِ . وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدُهُ التَّاجِرُ أُمَةً ، فَاسْتَبْرَأَهَا ، ثُمَّ صَارَتْ إِلَى السَّيِّدِ ، حَلَّتْ لَهُ بِغَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ ثَابِتٌ عَلَى مَا فِي يَدِ عَبْدِهِ ، فَقَدْ حَصَلَ اسْتِبْرَؤُهَا فِي مِلْكِهِ . وَإِنْ اشْتَرَى مُكَاتِبَهُ أُمَةً ، فَاسْتَبْرَأَهَا ، ثُمَّ صَارَتْ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَعَلِيهِ اسْتِبْرَؤُهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ تَجَدَّدَ عَلَيْهَا ^(١٩) ، إِذْ لَيْسَ لِلْسَّيِّدِ مِلْكٌ عَلَى مَا فِي يَدِ مُكَاتِبِهِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْجَارِيَةُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِ الْمُكَاتِبِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : تُبَاحٌ لِلْسَّيِّدِ بِغَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ حُكْمُهَا حَكَمَ الْمُكَاتِبِ ، إِنْ رَقِيَ رَقَتْ ، وَإِنْ عَتَقَ عَتَقَتْ ، وَالْمُكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذِرْهُمٌ ، وَالِاسْتِبْرَاءُ الْوَاجِبُ هُنَا فِي حَقِّ الْحَامِلِ بِوَضْعِهِ بِلَا خِلَافٍ ، وَفِي ذَاتِ الْقُرْءِ بِخِيْضَةٍ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ : بِخِيْضَتَيْنِ . وَهُوَ مُخَالِفٌ لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ ، وَلِلْمَعْنَى ؛ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مَعْرِفَةَ بَرَاءَتِهَا مِنَ الْحَمْلِ ، وَهُوَ حَاصِلٌ بِخِيْضَةٍ ، وَفِي الْإِسَةِ وَالَّتِي لَمْ تُحِضْ وَالَّتِي ارْتَفَعَ حَيْضُهَا بِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي أُمِّ الْوَلَدِ ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ الْخِلَافِ فِيهِ .

فصل : وَمَنْ مَلَكَ مَجْهُوسِيَّةً ، أَوْ وَثِيَّةً ، فَاسْلَمَتْ قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ، لَمْ تُحِلَّ لَهُ حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا ، أَوْ تُتِمَّ مَا بَقِيَ مِنْ اسْتِبْرَائِهَا ؛ لِمَا مَضَى . وَإِنْ اسْتَبْرَأَهَا ثُمَّ اسْلَمَتْ ، حَلَّتْ لَهُ ^(٢٠) بِغَيْرِ اسْتِبْرَائِهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تُحِلُّ لَهُ ^(٢١) حَتَّى يُجَدَّدَ اسْتِبْرَاءُهَا بَعْدَ إِسْلَامِهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ تَجَدَّدَ عَلَى اسْتِمْتَاعِهَا ، فَأَشْبَهَتْ مَنْ تَجَدَّدَ مِلْكُهُ عَلَى رَقَبَتِهَا . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا تُوطَأُ حَائِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بِخِيْضَةٍ » . وَهَذَا وَرَدَ فِي سَبَابِهَا أَوْطَاسٍ ، وَكُنْ مُشْرِكَاكِ ، وَلَمْ يَأْمُرْ فِي حَقِّهِنَّ بِأَكْثَرٍ مِنْ خِيْضَةٍ ، وَلَئِنْ لَمْ يَتَجَدَّدَ مِلْكُهُ عَلَيْهَا ، وَلَا أَصَابَهَا وَطْءٌ مِنْ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ اسْتِبْرَؤُهَا ، كَمَا لَوْ حَلَّتِ الْمُحْرَمَةُ ، وَلَئِنْ الْاسْتِبْرَاءُ إِذَا مَا وَجَبَ كَيْلَا يُفْضَى إِلَى اخْتِلَاطِ الْجِيَاهِ ، وَامْتِزَاجِ الْأَنْسَابِ ، وَمُظَنَّةُ ذَلِكَ

(١٩) فِي ب : عَلَيْهِ .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(٢١) سَقَطَ مِنْ أ : .

تَجَدُّدُ الْمِلْكِ عَلَى رَقَبَتِهَا ، وَلَمْ يُوجَدْ . وَلَوْ بَاعَ أُمَّتُهُ ، ثُمَّ رُدَّتْ عَلَيْهِ بِفَسْخٍ أَوْ إِقَالَةٍ بَعْدَ ^(٢٢) قَبْضِهَا أَوْ اقْتِرَاقِهَا ^(٢٣) ، / لَزِمَهُ اسْتِئْثَارُهَا ؛ لِأَنَّهُ تَجْدِيدُ مِلْكٍ ، سَوَاءً كَانَ الْمُشْتَرِي لَهَا امْرَأَةً أَوْ غَيْرَهَا . وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ اقْتِرَاقِهَا ، أَوْ قَبْلَ غَيْبَةِ الْمُشْتَرِي بِالْجَارِيَةِ ، فَقِيهَا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، عَلَيْهِ الْاسْتِئْثَارُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ تَجْدِيدُ مِلْكٍ . وَالثَّانِيَةِ ، لَيْسَ عَلَيْهِ اسْتِئْثَارُ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا تَقَايَلَا قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي الْاسْتِئْثَارِ مَعَ تَعَيُّنِ الْبَرَاءَةِ .

فصل : وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ أُمَّتَهُ ، ^(٢٤) فطَلَّقَهَا الزَّوْجَ ^(٢٥) ، لَمْ يَلْزِمَ السَّيِّدَ اسْتِئْثَارُهَا ، وَلَكِنْ إِنْ طَلَّقَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ . وَلَوْ ارْتَدَّتْ أُمَّتُهُ ، أَوْ كَاتِبُهَا ، ثُمَّ أَسْلَمَتِ الْمُرْتَدَّةُ ، وَعَجَزَتِ الْمُكَاتِبَةُ ، حُلَّتْ لِسَيِّدِهَا بِغَيْرِ اسْتِئْثَارٍ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَجِبُ عَلَيْهِ الْاسْتِئْثَارُ فِي هَذَا كُلِّهِ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ مِلْكُهُ عَنْ اسْتِئْثَانِهَا ، ثُمَّ عَادَ ، فَأَشْبَهَتِ الْمُشْتَرَاةَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَتَجَدَّدْ مِلْكُهُ عَلَيْهَا ، فَأَشْبَهَتِ الْمُحْرَمَةَ إِذَا حُلَّتْ ، وَالْمَرْهُونَةَ إِذَا فُكَّتْ ، فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ فِي جُلُومِهَا بِغَيْرِ اسْتِئْثَارٍ ، وَلِأَنَّ الْاسْتِئْثَارَ شَرَعَ لِمَعْنَى مِطْلَقَتِهِ تَجَدُّدُ الْمِلْكِ ، فَلَا يُشْتَرَعُ مَعَ تَحْلُيفِ الْمِطْلَاقَةِ وَالْمَعْنَى .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى أُمَةً مُزَوَّجَةً ، فطَلَّقَهَا الزَّوْجَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، لَمْ تُبَحِّ بِغَيْرِ اسْتِئْثَارٍ . نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَقَالَ : هَذِهِ حَيْلَةٌ وَضَعَهَا أَهْلُ الرَّأْيِ ، لَا بُدَّ مِنْ اسْتِئْثَارٍ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ هَذِهِ تَجَدُّدُ الْمِلْكِ فِيهَا ، وَلَمْ يَخْصُلْ اسْتِئْثَارُهَا فِي مِلْكِهِ ، فَلَمْ تَحُلَّ بِغَيْرِ اسْتِئْثَارٍ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ مُزَوَّجَةً ، وَلِأَنَّ اسْتِئْثَارَ الْاسْتِئْثَارِ هُنَا ذَرْبَةٌ إِلَى اسْتِئْثَارِهِ فِي حَقِّ مَنْ أَرَادَ اسْتِئْثَارَهُ ، بَأَنَّهُ يُزَوِّجُهَا عِنْدَ بَيْعِهَا ، ثُمَّ يَطْلُقُهَا زَوْجَهَا بَعْدَ تِمَامِ الْبَيْعِ ، وَالْحَيْلُ حَرَامٌ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الزَّوْجُ دَخَلَ بِهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ ، وَلَا يَلْزِمُ الْمُشْتَرِي اسْتِئْثَارُهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ حَصَلَ بِالْعِدَّةِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ عَقَّقَتْ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا مَعَ الْعِدَّةِ اسْتِئْثَارُ ، وَلِأَنَّهُ قَدْ اسْتِئْثَرَتْ

(٢٢-٢٣) فِي الْأَصْلِ : « قَبْضُهَا وَاقْتِرَاقُهَا » .

(٢٣-٢٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

نفسها ممن كانت فراشاً له ، فأجزأ^(٢٤) ذلك ، كالمو^(٢٥) استبرأت نفسها من سيدها إذا كانت خالية من زوج . وإن اشترها ، وهى معتدة من زوجها ، لم يجب^(٢٦) عليها استبراء ؛ لأنها^(٢٧) لم تكن فراشاً لسيدها ، وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة ، ولذلك لو عتقت فى هذه الحال ، لم يجب عليها استبراء . وقال أبو الخطاب ، فى المروجة : هل يَدْخُلُ الاستبراء فى العدة ؟ على وجهين . وقال القاضى ، فى المعتدة : يَلْزَمُ السَّيِّدُ اسْتِبْرَاءَهَا بَعْدَ قَضَاءِ الْعِدَّةِ ، ولا يتداخلان ؛ لأنهما من رجلين . ومفهوم كلام أحمد ما ذكرناه / أولاً ؛ لأنه علل فيما قبل الدخول بأنها حيلة وضعتها أهل الرأي ، ولا يوجد ذلك ههنا ، ولا يصح قولهم : إن الاستبراء من رجلين . فإن السيد ههنا ليس له استبراء .

١٥٧/٨

فصل : وإن كانت الأمة لرجلين ، فوطئها ، ثم باعها لرجل ، أجزأه استبراء واحد ؛ لأنه يحصل به معرفة البراءة . فإن قيل : فلو أعتقها لألزمتموها استبراءين . قلنا : وجوب الاستبراء فى حق المعتقة معلل بالوطء ، ولذلك لو أعتقها وهى ممن لا يطؤها ، لم يلزمها استبراء ، وقد وجد الوطء من اثنين ، فلزمها حكم وطئها ، وفى مسألتنا هو^(٢٧) معلل بتجديد الملك لا غير ، وهذا يجب على المشتري الاستبراء ، سواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن ، والملك واحد ، فوجب أن يتجدد الاستبراء .

فصل : وإذا اشترى الرجل زوجته الأمة ، لم يلزمه استبراءها ؛ لأنها فراش له ، فلم يلزمه استبراءها من مائه ، لكن يستحب ذلك ؛ ليعلم هل الولد من النكاح فيكون عليه ولأهله ، لأنه عتق بملكه له ، ولا يصير به الأمة أم ولد ، أو هو حادث فى ملك يمينه ، فلا يكون عليه ولأهله ، وتصير به الأمة أم ولد ؟ ومتى تبين حملها ، فله وطؤها ؛ لأنه قد علم الحمل ، وزال الاشتباه .

(٢٤) فى الأصل ، ١ ، م : ٥ فأجزأت .

(٢٥) فى م نهادة : ٥ كانت .

(٢٦) - (٢٧) فى الأصل ، ب : ٥ عليه الاستبراء .

(٢٧) سقط من : الأصل .

فصل : وإن وطئ الجارية التي يَلْزَمُه استبْرأؤها قبل استبْرأائها ، أئِمَّ ، والاستبراء باقٍ بحالِه ؛ لأنه حقٌّ عليه ، فلا يَسْقُطُ بَعْدَوانِه . فإن لم تَعْلُقْ منه ، استبْرأها بما كان يَسْتَبْرئُها به قبل الوطء ، وثبني على ما مَضَى من الاستبراء ، وإن عِلَقَتْ منه ، فمتى وَضَعَتْ حَمْلُها ، استبْرأها بِحَيْضَةٍ ، ولا يَحِلُّ له الاستِمْتاعُ منها في حالِ حَمْلِها ؛ لأنه لم يَسْتَبْرئُها . وإن وَطَّعَها ، وهي حاملٌ حَمْلًا كان موجودًا حينَ البَيْعِ من غيرِ البائع ، فمتى وَضَعَتْ حَمْلُها فَقَضَى استبْرأؤها . قال أحمدُ : ولا يَلْحَقُ بالمُشْتَرَى ، ولا يَتَّبِعُه ، ولكن يَغْتَبُه ؛ لأنه قد شَرِكَ فيه ؛ لأنَّ الماءَ يَزِيدُ في الولدِ . وقد رَوَى أبو داودَ (٢٨) ، بإسنادِه عن أبي الدرداءِ ، عن النبي ﷺ ، أَنَّهُ مَرَّ بِامْرَأَةٍ مُجْبِعٍ ، على بابِ فُسْطاطٍ ، فقال : « لَعَلُّهُ يُزِيدُ أَنْ يَلُمَّ بِهَا » . فقالوا : نعم . فقال رسولُ الله ﷺ : « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَلْعَنَهُ لَعْنًا يَدْخُلُ مَعَهُ قَبْرُهُ ، كَيْفَ يُورَثُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ، أَوْ كَيْفَ يَسْتَحْدِمُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ! » ومعناه أَنَّهُ إِنْ اسْتَلْخَقَهُ وَشَرِكَه في ميراثِه ، لم (٢٩) يَحِلَّ له ؛ لأنه ليس بولَدِه (٣٠) ، وإن اتَّخَذَهُ مَمْلُوكًا ، لم يَحِلَّ له ؛ لأنه قد شَرِكَ / فيه ، لَكُونِ الوطءِ يَزِيدُ في الولدِ . وعن ابنِ عباسٍ ، قال : نَهَى رسولُ الله ﷺ عَنْ وَطْءِ الْحَبَالَى حَتَّى يَضَعْنَ مَا فِي بُطُونِهِنَّ . رواه النَّسَائِيُّ ، والترمِذِيُّ (٣١) .

فصل : وَمَنْ أَرَادَ بَيْعَ أُمَّتِهِ ، فَإِنْ كَانَ لَا يَطْوُهَا ، لم يَلْزَمُه استبْرأؤها ، لكن (٣٢)

(٢٨) تقدم تخريجه ، في : ٥٦٢/٩ .

(٢٩) في ١ : لا .

(٣٠) في ب ، م : بولده .

(٣١) أخرجه النسائي ، في : باب بيع المغنم قبل أن تقسم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٥/٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية وطء الحبالى من السبايا ، من كتاب السير . عارضة الأحوذى ٥٩/٧ . عن عراب بن سانية ، وليس ابن عباس . انظر التعليق المغنى على الدارقطني ٦٩/٣ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٦٩/٣ . والحاكم ، في : كتاب قسم النوى . المستدرک ١٣٧/٢ .

(٣٢) في ١ : ولكن .

يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ ، لِيُعْلَمَ خُلُوهَا مِنَ الْحَمْلِ ، فَيَكُونَ أَخَوَطَ لِلْمُشْتَرِي ، وَأَقْطَعَ لِلزَّوَاجِ .
 قَالَ أَحْمَدُ : وَإِنْ كَانَتْ ^(٣٣) لِامْرَأَةٍ ، فَإِنِّي أُحِبُّ أَنْ لَا يُبْعَى حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ ،
 فَهُوَ أَخَوَطٌ لَهَا . وَإِنْ كَانَ يَطُوهَا ، وَكَانَتْ آيَسَةً ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ اسْتِبْرَأُهَا ؛ لِأَنَّ انْقِصَاءَ
 الْحَمْلِ مَعْلُومٌ . وَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ تُحْمَلُ ، وَجَبَ عَلَيْهِ اسْتِبْرَأُهَا . وَبِهِ قَالَ النُّعْمِيُّ ،
 وَالثَّوْرِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، لَا يَجِبُ عَلَيْهِ اسْتِبْرَأُهَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ،
 وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ بَاعَ جَارِيَةً كَانَ يَطُوهَا قَبْلَ
 اسْتِبْرَائِهَا ^(٣٤) . وَلِأَنَّ الاسْتِبْرَاءَ عَلَى الْمُشْتَرِي ، فَلَا يَجِبُ عَلَى الْبَائِعِ ، فَإِنَّ الاسْتِبْرَاءَ فِي حَقِّ
 الْحُرَّةِ أَكْثَرُ ، وَلَا يَجِبُ قَبْلَ النِّكَاحِ وَبَعْدَهُ ، كَذَلِكَ لَا يَجِبُ فِي الْأَمَةِ قَبْلَ الْبَيْعِ وَبَعْدَهُ .
 وَلَنَا ، أَنَّ عَمْرًا أَتَكَرَّرَ عَلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ بَيْعَ جَارِيَةٍ كَانَ يَطُوهَا ^(٣٥) قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ،
 فَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُثَيْبٍ عَنْ عُثَيْمٍ ، قَالَ : بَاعَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ جَارِيَةً كَانَ يَقَعُ
 عَلَيْهَا ^(٣٦) قَبْلَ أَنْ يَسْتَبْرَأَ ، فَظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ عِنْدَ الَّذِي اشْتَرَاهَا ، فَخَاصَمُوهُ إِلَى عَمْرٍ ، فَقَالَ
 لَهُ عَمْرٌ : كُنْتُ تَقَعُ عَلَيْهَا ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : فَبِعْتَهَا قَبْلَ أَنْ تُسْتَبْرَأَ ؟ قَالَ : نَعَمْ .
 قَالَ : مَا كُنْتُ لَذَلِكَ بِخَلِيقٍ . قَالَ : فَدَعَا الْقَافَةَ ، فَتَنَظَّرُوا إِلَيْهِ ، فَأَلْحَقُوهُ بِهِ ^(٣٧) . وَلِأَنَّهُ يَجِبُ
 عَلَى الْمُشْتَرِي الاسْتِبْرَاءُ لِحِفْظِ مَائِهِ ، فَكَذَلِكَ الْبَائِعُ ، وَلِأَنَّهُ قَبْلَ الاسْتِبْرَاءِ مَشْكُوكٌ فِي
 صِحَّةِ الْبَيْعِ وَجَوَازِهِ ، لِاخْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ أُمٌّ وَلَدٍ ، فَيَجِبُ الاسْتِبْرَاءُ لِإِزَالَةِ الْإِخْتِمَالِ ، فَإِنْ
 خَالَفَ وَبَاعَ ، فَالْبَيْعُ ^(٣٨) صَحِيحٌ فِي الظَّاهِرِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْحَمْلِ ، وَلِأَنَّ عَمْرًا وَعَبْدَ
 الرَّحْمَنِ ، لَمْ يَحْكُمَا بِفَسَادِ الْبَيْعِ فِي الْأَمَةِ الَّتِي بَاعَهَا قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ^(٣٩) إِلَّا بِالْحَاقِ الْوَلَدِ
 بِهِ ، وَلَوْ كَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا قَبْلَ ذَلِكَ ، لَمْ يَحْتَاجْ إِلَى ذَلِكَ . وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا الرَّوَابِيتَيْنِ فِي كُلِّ

(٣٣) فِي الْأَصْلِ ، ١ ، م : ٥ : كَانَ .

(٣٤) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَبْدَأُ بِبَيْعِ الْجَارِيَةِ مِنْ قَالَ : يَسْتَبْرَأُهَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمَصْنُفِ

. ٢٢٨/٤ .

(٣٥) ٣٥ - ٣٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣٦) فِي إِهَادَةِ : ٥ : بَيْعٌ .

(٣٧) فِي ١ : ٥ : أَنْ يَسْتَبْرَأَ .

أَمَةٌ يَطْلُوهَا ، من غير تفریق بین الآیسة و غیرها . والأولی أن ذلك لا یجب فی الآیسة ؛ لأنَّ عِلَّةَ الْوُجُوبِ اِحْتِمَالُ الْحَمْلِ ، وهو وَهْمٌ بَعِيدٌ ، والأصلُ عَدَمُهُ ، فلا تُثَبِّتُ بِهِ حُكْمًا بِمُجَرَّدِهِ .

فصل : وإذا اشترى جاريةً ، فظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ ، لم یَحُلْ من أحوال خمسة ؛ أحدها ، أن یكونَ البائعُ / أَقَرَّ بِوَطْئِهَا عِنْدَ الْبَیْعِ أَوْ قَبْلَهُ ، وأُثِّتُ^(٣٨) بِوَلَدِ لَدُونِ^(٣٩) السَّيِّئَةِ أَشْهُرٌ ، أو یكونَ البائعُ ادَّعَى الْوَلَدَ ، فَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي ، فَإِنْ الْوَلَدُ یكونُ لِلْبَائِعِ ، والجاريةُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَالْبَیْعُ باطلٌ . الحال الثاني ، أن یكونَ أَحَدُهُمَا اسْتَبْرَأَهَا ، ثم أُثِّتُ بِوَلَدٍ لَأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حَیْنِ وَطْئِهَا الْمُشْتَرِي ، فالْوَلَدُ لِلْمُشْتَرِي ، والجاريةُ أُمُّ وَلَدِهِ^(٣٩) . الحال الثالث ، أن تَأْتِيَ بِهِ لَأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ بَعْدَ اسْتِبْرَاءِ أَحَدِهَا لَهَا ، ولأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ وَطْئِهَا الْمُشْتَرِي ، فلا یَلْحَقُ نَسَبُهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَیكونُ مِلْكًا لِلْمُشْتَرِي ، ولا یَمْلِكُ فَسْخَ الْبَیْعِ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ تَجَدَّدَ فِي مِلْكِهِ ظَاهِرًا . فَإِنْ ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فهو لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ وَلَدٌ فِي مِلْكِهِ مَعَ اِحْتِمَالِ كَوْنِهِ مِنْهُ ، وَإِنْ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَحْدَهُ ، فَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي ، لِحَقِّهِ ، وَكَانَ الْبَیْعُ باطلاً ، وَإِنْ كَذَّبَهُ ، فالقولُ قولُ الْمُشْتَرِي فِي مِلْكِ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ انْتَقَلَ إِلَيْهِ ظَاهِرًا ، فلم يُقْبَلْ دَعْوَى الْبَائِعِ فِيمَا یُطِلُّ حَقَّهُ ، كما لو أَقَرَّ بَعْدَ الْبَیْعِ أَنَّ الْجَارِيَةَ مَعْصُوبَةٌ أَوْ مُعْتَقَةٌ . وهل یُثَبِّتُ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنَ الْبَائِعِ ؟ فیه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، یُثَبِّتُ ؛ لِأَنَّهُ نَفْعٌ لِلْوَلَدِ مِنْ غَیْرِ ضَرَرٍ عَلَى الْمُشْتَرِي ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِیهِ ، كما لو أَقَرَّ لَوَلَدِهِ بِمَالٍ . والثاني ، لا یُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ فِیهِ ضَرَرًا عَلَى الْمُشْتَرِي ، فَإِنَّهُ لَوْ أَعْتَقَهُ كَانَ أَبُوهُ أَحَقُّ بِمِيراثِهِ مِنْهُ ، وَلِذَلِكَ لَوْ أَقَرَّ عَبْدَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ أَخُو صَاحِبِهِ ، لم یُقْبَلْ إِلَّا بَیِّنَةٌ . الحال الرابع ، أن تَأْتِيَ بِهِ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ وَطْئِهَا الْمُشْتَرِي قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ، فَتَنْسَبُ لِأَحَقِّ بِالْمُشْتَرِي^(٤٠) ، فَإِنْ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ ، فَأَقَرَّ لَهُ الْمُشْتَرِي ، لِحَقِّهِ ، وَیَطْلَلُ

(٣٨-٣٨) فی ١ : ؛ بِالْوَلَدِ لِأَقَلِّ .

(٣٩) فی ب ، م : ؛ وَلَدُهُ .

(٤٠) فی ب : ؛ لِلْمُشْتَرِي .

البيع ، وإن كَذَّبَهُ ، فالقول قول المُشْتَرِي . وإن ادَّعى كُلُّ واحدٍ منهما أَنَّهُ من الآخر ، عَرَضَ على القَافَةِ ، فَالْحَقُّ بِنِ الْحَقَّةِ بِهِ ، لحديث عبد الرحمن بن عَرَفٍ ، ولأنَّهُ يَحْتَمِلُ كَوْنَهُ من كُلِّ واحدٍ منهما . وإن الْحَقَّةَ القَافَةُ بهما لِحَقِّهما^(١١) ، وَتَبْغِي أَنْ يَطْلُ الْبَيْعُ ، وَتَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ لِلْبَائِعِ ؛^(١٢) لَأَنَّا نَتَبَيَّنُ أَنَّهَا^(١٣) كانت حَامِلًا مِنْهُ قَبْلَ بَيْعِهَا . الحال الخامس ، إِذَا اثْبَتَ بِهِ أَقْلٌ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ بَاعَهَا ، وَلَمْ يَكُنْ أَقْرَبَ بَوَاطِينَهَا ، فالبيع صحيح ١٥٨/٨ ط في الظاهر ، وَالْوَلَدُ مَمْلُوكٌ لِلْمُشْتَرِي ، فَإِنْ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْحَالِ / الثالث ، سَوَاءٌ .

١٣٦٣ - مسألة ؛ قال : (وَتَجْتَبِ الزَّوْجَةُ الْمُتَوَقَّى عَنْهَا زَوْجَهَا الطَّيِّبَ ، وَالزَّهْنَةَ ، وَالْبَيْتُوتَةَ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا ، وَالْكُحْلَ بِالْإِثْمِيدِ ، وَالتَّقَابَ)

هذا يُسَمَّى الْإِخْدَادُ ، وَلَا تَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا فِي وَجُوبِهِ عَلَى الْمُتَوَقَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ، إِلَّا عَنْ الْحَسَنِ ، فَإِنَّهُ قَالَ : لَا يَجِبُ الْإِخْدَادُ . وهو قول شَدَّ بِهِ عَنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَخَالَفَ بِهِ السُّنَّةُ ، فَلَا يُعْرَجُ عَلَيْهِ ، وَيَسْتَرَى فِي وَجُوبِهِ الْحُرَّةُ وَالْأَمَةُ ، وَالْمُسْلِمَةُ وَالذَّمِيَّةُ ، وَالْكَبِيرَةُ وَالصَّغِيرَةُ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : لَا إِخْدَادَ عَلَى ذِمَّةٍ وَلَا صَغِيرَةٍ ؛ لِأَنَّهُمَا غَيْرُ مُكَلَّفَتَيْنِ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْأَحَادِيثِ الَّتِي سَنَذْكُرُهَا ، وَلِأَنَّ غَيْرَ الْمُكَلَّفَةِ تُسَاوِي الْمُكَلَّفَةَ فِي اجْتِنَابِ الْمُحَرَّمَاتِ ، كَالْحَمْرِ وَالزَّيْنِ ، وَإِنَّمَا يَفْتَرِقَانِ فِي الْإِثْمِ ، فَكَذَلِكَ الْإِخْدَادُ ، وَلِأَنَّ حُقُوقَ الذَّمِّ فِي النِّكَاحِ كَحُقُوقِ الْمُسْلِمَةِ ، فَكَذَلِكَ^(١٤) فِيمَا عَلَيْهَا .

فصل : وَلَا إِخْدَادَ عَلَى^(١٥) غَيْرِ الزَّوْجَاتِ ، كَأُمِّ الْوَلَدِ إِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : لَا أَعْلَمُهُمْ يَخْتَلِفُونَ فِي ذَلِكَ . وَكَذَلِكَ الْأَمَةُ الَّتِي يَطْوُهَا سَيِّدُهَا ، إِذَا مَاتَ عَنْهَا ، وَلَا الْمَوْطُوءَةُ بِشَبِيهَةٍ ،^(١٦) وَلَا الْمَرْئِيَّةُ^(١٧) بِهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ

(١١) ق م : : لِحَقِّ بِهِمَا .

(١٢) (٤٢-٤٣) ق ب : : لَأَنَّهُ .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) (٢-٣) ق ا ، ب ، م : : وَلِالْمَرْئِيَّةِ .

تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ^(٣) . وَلَا إِحْدَادَ عَلَى الرَّجْعِيَّةِ . بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الزَّوْجَاتِ ، لَهَا أَنْ تَتَزَيَّنَ لَزَوْجِهَا ، وَتُسْتَشْرِفَ لَهُ ، لِزَوَّجِهَا ، وَتُثَقِّقَ عِنْدَهُ ، كَمَا تَفْعَلُ فِي صَلْبِ النِّكَاحِ . وَلَا إِحْدَادَ عَلَى الْمُنْكَوْحَةِ بِكَأَحَافِيسِدَا ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ زَوْجَةً عَلَى الْحَقِيقَةِ ، وَلَا لَهَا مِنْ كَانَتْ ثِيْلٌ لَهُ وَيَحِلُّ لَهَا ، فَتَحْزَنَ عَلَى فَقْدِهِ .

فصل : وَتَجَنَّبُ الْحَادَّةُ مَا يَدْعُو إِلَى جَمَاعِهَا ^(٤) ، وَيُرَغَّبُ فِي التَّظَلُّرِ إِلَيْهَا ، وَيُحَسِّنُهَا ، وَذَلِكَ أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، الطَّيِّبُ ، وَلَا خِلَافَ فِي تَحْرِيمِهِ عِنْدَ مَنْ أَوْجَبَ الْإِحْدَادَ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تَمَسُّ طَيِّبًا ، إِلَّا عِنْدَ أَدْنَى طَهْرٍهَا ، إِذَا طَهَّرْتَ مِنْ حَيْضِهَا بِتَذَةِ مِنْ قُسْطٍ أَوْ أَطْفَارٍ » ^(٥) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . وَرَوَتْ زَيْنَبُ بِنْتُ أُمِّ سَلَمَةَ ، قَالَتْ : دَخَلْتُ عَلَى أُمِّ حَبِيبَةَ ، زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ ، حِينَ تُوُفِّيَ أَبُوهَا أَبُو سَفْيَانَ ، فَذَعَتْ بِطَيِّبٍ فِيهِ صُغْرَةٌ ، خَلَقَ أَوْ غَيْرُهُ ، فَذَهَنْتُ مِنْهُ جَارِيَةً ، / ثُمَّ مَسَّتْ بِعَارِضِهَا ، ثُمَّ قَالَتْ : وَاللَّهِ مَا لِي بِالطَّيِّبِ مِنْ حَاجَةٍ ، غَيْرَ أَنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ » ^(٧) ، إِلَّا عَلَى

١٥٩/٨ و

(٣) تقدم ترجمته ، في صفحة ١٩٣ .

(٤) في ١ : « نكاحها » .

(٥) القسط والكست والأطفار : نوعان من البخور .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب الطيب للمرأة عند غسلها من الحيض ، من كتاب الحيض ، وفي : باب تعد المتولي عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ، وفي : باب تلبس الحادة ثياب المصعب ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٨٥/١ ، ٧٦/٧ ، ٧٨ . ومسلم ، في : باب وجوب الإحْدَادِ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١٢٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب فيما تجتنب المعتدة في عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٧/١ . والنسائي ، في : باب ما تجتنب الحادة من الثياب للمصعبة ، وباب الخضاب للحادة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٦٨/٦ ، ١٦٩ . وابن ماجه ، في : باب هل تعد المرأة على غير زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١٦٤/١ ، ٦٧٥ . والدارمي ، في : باب انتهى للمرأة عن الزينة ، من كتاب الطلاق ١٦٧/٢ ، ١٦٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٨٥/٥ ، ٤٠٨/٦ .

(٧) سقط من : ب .

زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٨) . وَلَئِنْ الطَّبِيبُ يَحْرُكُ الشَّهْوَةَ ، وَيَدْعُو إِلَى الْمُبَاشَرَةِ . وَلَا يَجُوزُ لَهَا اسْتِعْمَالُ الْأَذْهَانِ الْمُطَيَّبَةِ ، كَذَهْنِ الزَّوْدِ وَالتَّنْفِيسِجِ وَالْيَاسَمِينِ وَالتَّبَانِ ، وَمَا أَشَبَّهُهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِعْمَالٌ لِلطَّبِيبِ . فَأَمَّا الْأَذْهَانُ بِغَيْرِ الْمُطَيَّبِ ^(٩) ، كَالزَّيْتِ وَالشَّيْرِجِ وَالسَّمْنِ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِطَبِيبٍ . الثَّانِي ، اجْتِنَابُ الزَّيْنَةِ ، وَذَلِكَ وَاجِبٌ فِي قَوْلِ عَامَةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ ابْنُ عَمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَعَطَاءٌ . وَجَمَاعَةُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَكْزَهُونَ ذَلِكَ ، وَيَنْهَوْنَ عَنْهُ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، الزَّيْنَةُ فِي نَفْسِهَا ، فَيَحْرُمُ عَلَيْهَا أَنْ تُخْتَضِبَ ، وَأَنْ تُحَمَّرَ وَجْهَهَا بِالْكُلْكُونِ ^(١٠) ، وَأَنْ تُبَيِّضَهُ بِأَسْفِيدَاجٍ ^(١١) الْعَرَابِيِّ ، وَأَنْ تُجْعَلَ عَلَيْهِ صَبْرًا يُصْفَرُهُ ، وَأَنْ تُنْقَشَ وَجْهَهَا وَيَذَيَّبَهَا ، وَأَنْ تُحْفَفَ وَجْهَهَا ، وَمَا أَشَبَّهُهُ مِمَّا يُحَسِّنُهَا ، وَأَنْ تُكْتَحَلَ بِالْإِثْمِدِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ ؛ وَذَلِكَ لِمَا رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ، لَا تَلْبَسُ الْمُعَصْفَرُ مِنَ الثِّيَابِ ، وَلَا الْمُمَشَّقُ ، وَلَا الْحَلَى ، وَلَا تُخْتَضِبُ ، وَلَا تُكْتَحَلُ » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ، وَأَبُو دَاوُدَ ^(١٢) . وَرَوَتْ أُمُّ عَطِيَّةٌ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا تَجِدُ الْمَرْأَةَ قَوْقَ ثَلَاثَةِ

(٨) أخرجه البخاري ، في : باب حد المرأة على غير زوجها ، من كتاب الجنائز . صحيح البخاري ٩٩/٢ . ومسلم ، في : باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١٢٣/٢ - ١١٢٧ .
 كما أخرجه أبو داود ، في : باب إحداد المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٥/١ .
 والترمذي ، في : باب ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها ، من أبواب الطلاق عارضة الأحوذى ١٧٢/٥ ، ١٧٣ .
 والنسائي ، في : باب سقوط الإحداد عن الكناية المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٦٥/٦ .
 والدارمي ، في : باب النهي للمرأة عن الزينة في العدة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٧/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الإحداد ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٩٦/٢ ، ٥٩٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٥/٦ ، ٣٢٦ ، ٤٢٦ .

(٩) في ب : الطيب .

(١٠) الكلكون : غلاء تحمر به المرأة وجهها ، مركب من كل ، أي ورد ، وكون ، أي لون . الألفاظ الفارسية المعربة ١٣٧ .

(١١) الأسفيداج : رماد الرصاص . تعريب أسفيداب ، وأصل معناه الماء الأبيض . الألفاظ الفارسية المعربة ١٠ .
 (١٢) أخرجه النسائي ، في : باب ما تجتنب الحادة من الثياب المصبغة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٦٩/٦ .
 وأخرجه أبو داود ، في : باب فيما تجتنب المحدة في عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٨/١ .
 كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٢/٦ .

أَيَّامٍ ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ ، فَإِنَّهَا^(١٣) تَجِدُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ، وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوعًا ، إِلَّا ثَوْبَ عَصَبٍ ، وَلَا تَكْتَحِلَ ، وَلَا تَمْسُ طَبِيًّا إِلَّا عِنْدَ أَذْنَى طَهْرٍهَا ، إِذَا طَهَّرَتْ مِنْ خَيْضِهَا ، بِنِدَاءٍ مِنْ قُسْطٍ أَوْ أَظْفَارٍ^(١٤) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٥) . وَعَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ، قَالَتْ : جَاءَتْ امْرَأَةً إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ ابْنَتِي تُؤْفَى عَنْهَا زَوْجُهَا ، وَقَدْ اشْتَكَتْ عَيْنُهَا ، أَفَتَكْحُلُهَا ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا » . مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٦) . وَرَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، قَالَتْ : دَخَلَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، حِينَ تُؤْفَى أَبُو سَلَمَةَ ، وَقَدْ جَعَلْتُ عَلَى عَيْنَيَّ صَبْرًا ، فَقَالَ : « مَاذَا يَا أُمُّ سَلَمَةَ ؟ » . قُلْتُ : إِنَّهَا هُوَ صَبْرٌ ، لَيْسَ فِيهِ طِبٌّ . قَالَ : « إِنَّهُ يَنْشِبُ الْوَجْهَ^(١٧) ، لَا تَجْعَلِيهِ إِلَّا / بِاللَّيْلِ ، وَتَنْزِعِيهِ بِالنَّهَارِ ، وَلَا تَمْتَشِطِي بِالطَّبِيبِ ، وَلَا بِالْحِنَاءِ ، فَإِنَّهُ يَخْضَابُ » . قَالَتْ : قُلْتُ : بِأَيِّ شَيْءٍ أَمْتَشِطُ ؟ قَالَ : « بِالسِّدْرِ ، تُغْلِقِينَ بِهِ رَأْسَكَ^(١٨) . وَلَئِنْ الْكُحْلَ مِنْ أَبْلَغِ الزَّيْنَةِ ، وَالزَّيْنَةُ تَدْعُو إِلَيْهَا ، وَتُحَرِّكُ الشَّهْوَةَ ، فَهِيَ كَالطَّبِيبِ وَأَبْلَغُ مِنْهُ . وَحَكِي عَنْ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ ، أَنَّ لِلْسُّودَاءِ أَنْ تَكْتَحِلَ . وَهُوَ مُخَالِفٌ لِلْخَيْرِ وَالْمَعْنَى ، فَإِنَّهُ يَزِينُهَا وَيُحَسِّنُهَا . وَإِنْ اضْطُرَّتِ الْحَادَّةُ إِلَى الْكُحْلِ بِالْإِثْمِيدِ لِلتُّدَاوِي ، فَلَهَا أَنْ تَكْتَحِلَ لَيْلًا ، وَتَمْسَحَهُ نَهَارًا . وَرَخَّصَ

(١٣) في ١ ، م : « فَإِنَّهَا » .

(١٤) هو الذي مر في صفحة ٢٨٥ .

(١٥) أخرجه البخاري ، في : باب تعد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٧٧/٧ . ومسلم ، في : باب وجوب الإحسان في عدة الوفاة ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١٢٤/٧ ، ١١٢٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب إحسان المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٦/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذى ١٧٣/٥ ، ١٧٤ . والنسائي ، في : باب عدة المتوفى عنها زوجها ، وباب ترك الزينة للحادة المسلمة ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٥٥/٦ ، ١٦٧ ، ١٦٨ . (١٦) أي يزيد في حسنه .

(١٧) أخرجه أبو داود ، في : باب فيما تجتنب المعتدة في عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٨/١ . والنسائي ، في : باب الرخصة للحادة أن تمتشط بالسدر ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٧٠/٦ .

فيه عند الضرورة عطاء، والتخفي، ومالك، وأصحاب الرأي؛ لما روت أم حكيم بنت أسيد^(١٨)، عن أمها، أن زوجها توفي، وكانت تشتكي عينيها، فتكحل بالجلء، فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة، تسألها عن كحل الجلء، فقالت: لا تكحلي إلا لما لا^(١٩) يذ منه، يشتد عليك، فتكحلي بالليل، وتغسلينه بالهار. رواه أبو داود، والنسائي^(٢٠). وإنما منع من الكحل بالإنميد، لأنه الذي تحصل به الزينة، فأما الكحل بالثوثيا^(٢١) والعنزروت^(٢٢) ونحوهما، فلا بأس به؛ لأنه لا زينة فيه، بل يفتح العين، ويذهبها مرمها^(٢٣). ولا تمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها؛ لأنه إنما منع منه في الوجه لأنه يصفره، فيشبه الخضاب، ولهذا قال النبي ﷺ: «إِنَّهُ يَشِبُّ الرَّجُلُ مِنْهُ فِي وَجْهِهِ لَأَنَّهُ يُصْفَرُهُ»، فيشبه الخضاب، وتنف الإبط، وحلق الشعر المنسوب إلى خلقه^(٢٤)، ولا من^(٢٥) الاغتسال بالسدر، والامتشاط به^(٢٦)، لحديث أم سلمة، ولأنه يراد للتنظيف لا للطيب. القسم الثاني، زينة الثياب، فتحرم عليها الثياب المصبغة للتحسين، كالמעصفر، والمزغفر، وسائر الأحمر، وسائر الملون للتحسين، كالأزرق الصافي، والأخضر الصافي، والأصفر، فلا يجوز لبسه؛ لقول النبي: «لا تلبس ثوبا مصبوغا»^(٢٧). وقوله: «لا تلبس المعصفر من

(١٨) في النسخ: «أسد». وانظر: التخرج الآتي، والإكمال ٦٣/١.

(١٩) في الأصل، ب: «ما».

(٢٠) أخرجه أبو داود، في: باب فيما تجتنب المعتدة في عديها، من كتاب الطلاق. سنن أبي داود ٥٣٨/١.

وأخرجه النسائي، في: باب الرخصة للحادة أن تمتشط بالسدر، من كتاب الطلاق. المجتبى ١٦٩/٦، ١٧٠.

(٢١) التوثيا: تكون في العادن، منها يضاء، ومنها إلى الحضرة، ومنها إلى الصفرة مشرب بحمرة، وهي جيدة لتقوية

العين. الجامع لمفردات الأدوية ١٤٣/١-١٤٥.

(٢٢) العنزروت: هو الأنزروت، وهو صمغ شجرة تثبت في بلاد القرس، شبيهة بالكندر، صفوة الحصى، في طعمه

مرارة، ولونه إلى الحمرة، تقطع الرطوبة السائلة في العين. الجامع لمفردات الأدوية ٦٣/١.

(٢٣) مرهت العين: ابيضت حماليقها، أو فسدت لترك الكحل.

(٢٤) في الأصل: «ومن».

(٢٥) سقط من: «أ».

(٢٦) تقدم تحريمه، في صفحة ١٩٣.

الثَّيَابِ ، وَلَا الْمُشْتَقَّ . فَأَمَّا مَا لَا يُقْصَدُ بِصَبْغِهِ حُسْنُهُ ، كَالْكُحْلِيِّ ، وَالْأَسْوَدِ ،
وَالْأَخْضَرِ الْمُشْتَبِعِ ، فَلَا تُنْتَعَمُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِزِينَةٍ . وَمَا صُبِغَ غَزْلُهُ ثُمَّ نُسِجَ ، فِيهِ
اِخْتِلَالَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَحْرُمُ لُبْسُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَرْفَعُ وَأَحْسَنُ ، وَلِأَنَّهُ مَصْبُوغٌ لِلْحُسْنِ ، فَأَشْبَهَ
مَا صُبِغَ بَعْدَ نَسْجِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَحْرُمُ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَدِيثٍ أَمْ سَلَمَةُ :
« إِنْ لَا / ثَوْبَ عَصَبٍ »^(٢٧) . وَهُوَ مَا صُبِغَ غَزْلُهُ قَبْلَ نَسْجِهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَلِأَنَّهُ لَمْ
يُصْبَغْ وَهُوَ ثَوْبٌ ، فَأَشْبَهَ مَا كَانَ حَسَنًا مِنَ الثَّيَابِ غَيْرِ مَصْبُوغٍ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، وَأَمَّا
الْعَصَبُ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ ثَبَتَ تُصْبَغُ بِهِ الثَّيَابُ . قَالَ صَاحِبُ « الرُّوضِ الْأَثَرِ »^(٢٨) :
الزُّورُ وَالْعَصَبُ ثَبَاتَانِ^(٢٩) بِالْيَمَنِ ، لَا يَتَّبِعَانِ إِلَّا بِهِ . فَأَرَخَصَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْمَحَادَّةِ^(٣٠) فِي
لُبْسِ مَا صُبِغَ بِالْعَصَبِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى مَا صُبِغَ لِغَيْرِ التَّحْسِينِ ، أَمَّا مَا صُبِغَ غَزْلُهُ
لِلتَّحْسِينِ ، كَالْأَخْمَرِ وَالْأَصْفَرِ ، فَلَا مَعْنَى لِتَجْوِيزِ لُبْسِهِ ، مَعَ حُصُولِ الزَّيْنَةِ بِصَبْغِهِ ،
كَحُصُولِهَا بِمَا صُبِغَ بَعْدَ نَسْجِهِ . وَلَا تُنْتَعَمُ مِنْ حَسَنِ الثَّيَابِ غَيْرِ الْمَصْبُوغَةِ ، وَإِنْ كَانَ
رَقِيقًا ، سِوَاءَ كَانَ مِنْ قُطْنٍ أَوْ كَتَانٍ أَوْ إِبْرَيْسَمٍ^(٣١) ؛ لِأَنَّ حُسْنَهُ مِنْ أَصْلٍ خَلَقْتَهُ ، فَلَا يَلْزَمُ
تَغْيِيرَهُ ، كَمَا أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا كَانَتْ حَسَنَةَ الْخَلْقَةِ ، لَا يَلْزَمُهَا أَنْ تُغَيِّرَ لَوْنَهَا ، وَتُشَوِّهَ نَفْسَهَا .
الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، الْحَلِيُّ ، فَيَحْرُمُ عَلَيْهَا لُبْسُ الْحَلِيِّ كُلِّهِ ، حَتَّى الْخَائِثُ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ
الْعِلْمِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَلَا الْحَلَّى » . وَقَالَ عَطَاءٌ : يُبَاحُ حَلِيُّ الْفِضَّةِ دُونَ
الذَّهَبِ . وَلَيْسَ بِصَّحِيحٍ ؛ لِأَنَّ النُّهْيَ عَامٌّ ، وَلِأَنَّ الْحَلَّى يَزِيدُ حُسْنَهَا ، وَيَدْعُو إِلَى
مُبَاشَرَتِهَا ، قَالَتْ امْرَأَةٌ :^(٣٢) :

وَمَا الْحَلَّى إِلَّا زِينَةٌ لِنَقِصِيصَةٍ تُتَمُّمُ مِنْ حُسْنٍ إِذَا الْحُسْنُ قَصُرَا

(٢٧) تقدم ترجمته ، في صفحة ٢٨٧ ، من حديث أم عطية ، وليس من حديث أم سلمة .

(٢٨) انظر : الرُّوضُ الْأَثَرُ ٧ / ٩٦ .

(٢٩) في الْأَصْلِ : « نِيتَانِ » .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣١) الْإِبْرَيْسَمُ : الْحَبِيرُ .

(٣٢) الْبَيْتُ فِي : نَفْحِ الطَّيْرِ ١٦٥/٥ ، وَلَمْ يَنْسِبْهُ الْمَقْرِي .

فصل : والثالث مما تَجَنَّبَهُ الحَاذَةُ النَّقَابَ ، وما في معناها ، مثل التَّرْفُوعِ ونحوه ؛ لأنَّ الْمُعْتَدَّةَ مُشَبَّهَةً بِالْمُحْرَمَةِ وَالْمُحْرَمَةُ تُنْتَعَنُ مِنْ ذَلِكَ ، وإذا احتاجت إلى سِتْرِ وَجْهِهَا ، اسْدَلَّتْ^(٣٣) عليه كما تفعلُ الْمُحْرَمَةُ .

فصل : والرَّابِعُ الْمَيْبُتُ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا ، وَمِمَّنْ أُوجِبَ عَلَى الْمُتَوَقَّى عَنْهَا زَوْجُهَا^(٣٤) الْاِعْتِدَادُ فِي مَنْزِلِهَا ، عَمْرٌ ، وَعُثْمَانُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَمْرٍ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَأُمِّ سَلَمَةَ . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . قَالَ^(٣٥) ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : وَبِهِ يَقُولُ جَمَاعَةٌ فَقَهَاءِ الْأُمْصَارِ ، بِالْحِجَازِ ، وَالشَّامِ ، وَالْعِرَاقِ ، وَمِصْرَ . وَقَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ : نَعْتَدُ حَيْثُ شَاءَتْ . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَجَابِرٍ ، وَعَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ / : نَسَخَتْ هَذِهِ الْآيَةُ عِدَّتَهَا عِنْدَ أَهْلِهَا ، وَسَكَنْتْ فِي وَصِيَّتِهَا ، وَإِنْ^(٣٦) شَاءَتْ خَرَجَتْ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ ﴾^(٣٧) . قَالَ عَطَاءٌ : ثُمَّ جَاءَ الْيَرَاثُ ، فَتَسَخَّ السُّكْنَى ، نَعْتَدُ حَيْثُ شَاءَتْ . رَوَاهُمَا أَبُو دَاوُدَ^(٣٨) . وَلَنَا ، مَارُوتُ فُرَيْقَةُ بِنْتُ مَالِكِ بْنِ سَيَّانٍ ، أَخْتُ أُمِّ سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ^(٣٩) ، أَنَّهَا جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَخْبَرَتْهُ أَنَّ زَوْجَهَا خَرَجَ فِي طَلَبِ أُعْيُدٍ لَهُ ، فَتَقَلَّبُوا بِطَرَفِ الْقُدُومِ^(٤٠) ، فَسَأَلَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَرْجِعَ إِلَى أَهْلِي ، فَإِنْ زَوَّجَنِي لَمْ يَتْرُكْنِي فِي مَسْكَنِ يَمْلِكُهُ ، وَلَا تَفْقِيَهُ . قَالَتْ : فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ :

(٣٣) فِي الْأَصْلِ : سَدَلَتْ .

(٣٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ .

(٣٥) فِي أ ، ب ، م : وَ قَالَ .

(٣٦) فِي أ : فَإِنْ .

(٣٧) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٤٠ .

(٣٨) فِي : يَابٍ مِنْ رَأْيِ الصَّحُولِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٥٣٧/١ .

(٣٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(٤٠) الْقُدُومُ : مَوْضِعٌ عَلَى سِتَّةِ أَمْيَالٍ مِنَ الْمَدِينَةِ . وَاسْمُ جَبَلٍ بِالْمَوْضِعِ . انْظُرْ : مَعْجَمُ الْبُلْدَانِ ٤٠/٤ .

« نَعَمْ » . قَالَتْ : فَخَرَجْتُ حَتَّى إِذَا كُنْتُ فِي الْحُجْرَةِ أَوْ فِي الْمَسْجِدِ ، دَعَانِي ، أَوْ أَمَرَنِي فَدَعَيْتُهُ لَهُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « كَيْفَ قُلْتَ ؟ » فَرَدَدْتُ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ ، فَقَالَ : « أَمْكَيْتِي فِي بَيْتِكَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ » . فَاغْتَدَدْتُ فِيهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ، فَلَمَّا كَانَ عَثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ ، أَرْسَلَ إِلَيَّ ، فَسَأَلَنِي عَنْ ذَلِكَ ، فَأَخْبَرْتُهُ فَأَتْبَعَهُ ، وَقَضَى بِهِ . رَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي مُوطَأِهِ ^(٤١) ، وَالْأَثَرُمُ ، وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، قَضَى بِهِ عَثْمَانُ فِي جَمَاعَةِ الصَّحَابَةِ فَلَمْ يَنْكَرُوهُ . إِذَا ^(٤٢) ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ الْإِعْتِدَادُ فِي الْمَنْزِلِ الَّذِي مَاتَ زَوْجُهَا وَهِيَ سَاكِنَةٌ بِهِ ، سَوَاءً كَانَ مَمْلُوكًا لَزَوْجِهَا ، أَوْ بِإِجَارَةٍ ، أَوْ عَارِيَّةً ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِلْفَرِيعَةِ ^(٤٣) : « أَمْكَيْتِي فِي بَيْتِكَ » . وَلَمْ تَكُنْ فِي بَيْتِ يَمْلِكُهُ زَوْجُهَا ، وَفِي بَعْضِ أَلْفَاظِهِ : « اعْتَدَى فِي الْبَيْتِ الَّذِي أَتَاكَ فِيهِ نَعْمَى زَوْجِكَ » . وَفِي لَفْظٍ : « اعْتَدَى حَيْثُ أَتَاكَ الْكَبِيرُ » . فَإِنْ أَتَاهَا الْخَبِيرُ فِي غَيْرِ مَسْكِنِهَا ، رَجَعَتْ إِلَى مَسْكِنِهَا فَاعْتَدَتْ فِيهِ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالتَّحِيْمِيُّ : لَا تَبْرَحُ مِنْ مَكَانِهَا الَّذِي أَتَاهَا فِيهِ نَعْمَى زَوْجِهَا ، أَبَا عَا لَلْفِظِ الْكَبِيرِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « أَمْكَيْتِي فِي بَيْتِكَ » . وَاللَّفْظُ الْآخَرُ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، وَالْمُرَادُ بِهِ هَذَا ، فَإِنْ قَضَايَا الْأَعْيَانِ لَا عُمُومَ لَهَا ، ثُمَّ لَا يُمَكِّنُ حَمْلُهُ عَلَى الْعُمُومِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهَا ^(٤٤) الْإِعْتِدَادُ فِي السُّوقِ وَالطَّرِيقِ وَالْبَرَّةِ ، إِذَا أَتَاهَا الْخَبِيرُ وَهِيَ فِيهَا .

فصل : فَإِنْ خَافَتْ هَذَا أَوْ غَرَقًا أَوْ عَدُوًّا أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، أَوْ حَوَّلَهَا صَاحِبُ الْمَنْزِلِ

-
- (٤١) في : باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تمحل ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٩١/٢ .
 كما أخرجه أبو داود ، في : باب في المتوفى عنها تنتقل ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٦/١ ، ٥٣٧ .
 والترمذي ، في : باب ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذى ١٩٥/٥ ، ١٩٦ .
 والنسائي ، في : باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تمحل ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٦٥/٦ ، ١٦٦ . وابن
 ماجه ، في : باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٥٤/١ ، ٦٥٥ . والدارمي ،
 في : باب خروج المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٨/٢ .
 (٤٢) في ب ، م : « وإذا » .
 (٤٣) في م : « لفرعة » .
 (٤٤) في ب : « يلزم » .

لكونه / عاينة رجع فيها ، أو بإجارة انقضت مدتها ، أو متعها السكنى تعديا ، أو امتنع من إجارتها ، أو طلب به أكثر من أجره المثل ، أو لم^(٤٥) تجد ما تكثري به ، أو لم تجد إلا من مالها ، فلها أن تثقل ؛ لأنها حال عذر ، ولا يلزمها بذل^(٤٦) أجر المسكن ، وإنما الواجب عليها فعل السكنى ، لا تخصيص المسكن ، وإذا عذرت السكنى ، سقطت ، ولها أن تسكن حيث شاءت . ذكره القاضى . وذكر أبو الخطاب ، أنها تثقل إلى أقرب ما يمكنها الثقل إليه . وهو مذهب الشافعى ؛ لأنه أقرب إلى موضع الوجوب^(٤٧) ، فأشبهه من وجبت عليه الزكاة في موضع لا يجد فيه أهل السهمان ، فإنه ينقلها إلى أقرب موضع يجدهم فيه . ولنا ، أن الواجب سقط لعذر ، ولم يرد الشرع له ببذل ، فلا يجب ، كما لو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط ، والمعتكف إذا لم يقدر على الاعتكاف في المسجد ، ولأن ما ذكرناه إثبات حكم بلا نص ، ولا معنى نص ، فإن معنى الاعتداد في بيتها لا يوجد في السكنى فيما قرب منه ، ويفارق أهل السهمان ؛ فإن الفصد نفع الأقرب ، وفي نقلها إلى أقرب موضع يجده نفع الأقرب ، فوجب لذلك .

فصل : قال أصحابنا : ولا سكنى للمتوفى عنها ، إذا كانت حائلا . رواية واحدة . وإن كانت حاملا ، فعل رويتين . وللشافعى في سكنى المتوفى عنها قولان . وجه الوجوب قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتْنَعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرِ إِخْرَاجٍ ﴾ . فسخ^(٤٨) بعض المدّة ، وبقي باقيها على الوجوب . ولأن النبي ﷺ ، أمر فرقة بالسكنى في بيتها ، من غير استئذان الورثة ، ولو لم تجب السكنى ، لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنيهم ، كما أنها ليس لها أن تصرف في شيء من مال زوجها بغير إذنهم . ولنا ، أن الله تعالى إنما جعل للزوجة ثمن الزكاة أو ربتها ،

(٤٥) في الأصل : د ولم .

(٤٦) في ١ ، ب ، م : بذلك .

(٤٧) في ١ ، م : الوجود .

(٤٨) في ١ : فسخ .

وَجَعَلَ بِأَقْبَاهِهَا لِسَائِرِ الْوَرِثَةِ ، وَالْمَسْكُونُ مِنَ التَّرِكَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يُسْتَحَقَّ مِنْهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ، وَلَئِنْهَا بَلَدٌ مِنْ زَوْجِهَا ، فَأَشْبَهَتْ الْمُطْلَقَةَ ثَلَاثًا ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا ، وَقُلْنَا : لَهَا السُّكْنَى . فَلَأَنَّهَا حَامِلٌ مِنْ زَوْجِهَا ، فَوَجَبَ لَهَا / السُّكْنَى . قِيَاسًا عَلَى الْمُطْلَقَةِ . فَأَمَّا آيَةُ الَّتِي اخْتَجُّوا بِهَا ، فَإِنَّهَا مَنْسُوخَةٌ ، وَأَمَّا أَمْرُ النَّبِيِّ ﷺ فَرُبَّمَا بِالسُّكْنَى ، فَقَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلِمَ أَنَّ الْوَارِثَ يَأْذَنُ فِي ذَلِكَ ، أَوْ بِكَوْنِ الْأَمْرِ يَدُلُّ عَلَى وَجُوبِ السُّكْنَى عَلَيْهَا ، وَيَتَقَيَّدُ ذَلِكَ بِالْإِمْكَانِ ، وَإِذْنُ الْوَارِثِ مِنْ جُمْلَةٍ مَا يَحْصُلُ الْإِمْكَانُ^(٤٩) ، بِهِ ، فَإِذَا قُلْنَا : لَهَا السُّكْنَى . فَهِيَ أَحَقُّ بِسُّكْنَى الْمَسْكُونِ الَّتِي كَانَتْ تَسْكُنُهُ مِنَ الْوَرِثَةِ وَالْغَرَمَاءِ ، مِنْ رَأْسِ مَالِ الْمُتَوَفَّى ، وَلَا يَبَاعُ فِي ذَنْبِهِ بَيْعًا يَمْنَعُهَا السُّكْنَى فِيهِ^(٥٠) ، حَتَّى تُقْضَى الْعِدَّةُ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ^(٥١) الْمَسْكُونُ ، فَعَلَى الْوَارِثِ أَنْ يَكْتَرِيَ لَهَا مَسْكَنًا مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ ، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَنْتَقِلَ مِنْ مَسْكَنِهَا إِلَّا لِعُذْرٍ ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ اتَّفَقَ الْوَارِثُ وَالْمَرْأَةُ عَلَى ثَقِيلِهَا عَنْهُ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ السُّكْنَى يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، لِأَنَّهَا نَجِبٌ لِلْعِدَّةِ ، وَالْعِدَّةُ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَجُزْ اتِّفَاقُهُمَا عَلَى إِبْطَالِهَا ، بِخِلَافِ سُّكْنَى التَّكَاجِ ؛ فَإِنَّهَا حَقٌّ لَهَا ، وَلِأَنَّ السُّكْنَى هُنَا مِنْ الْإِحْدَادِ ، فَلَمْ يَجُزِ اتِّفَاقُ عَلَى تَرْكِهَا ، كَسَائِرِ حِصَالِ الْإِحْدَادِ . وَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يُخْرِجُوهَا ، إِلَّا أَنْ تَأْتِيَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾^(٥٢) . وَهِيَ أَنْ تُطِيلَ^(٥٣) لِسَانَهَا عَلَى أَحْمَائِهَا وَوُذُوئِهِمْ بِالسَّبِّ وَنَحْوِهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَهُوَ قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ . وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ ، وَالْحَسَنُ^(٥٤) : هِيَ الزُّنَى لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ

(٤٩) سقط من : الأصل .

(٥٠) سقط من : ب ، م .

(٥١) سورة الطلاق ١ .

(٥٢) في ١ ، ب ، م : ٣ تطويل .

نَسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِّنكُمْ ﴿٥٣﴾ . وإخراجهنَّ هو الإخراج لإقامة حدِّ الزَّنى ، ثم تُرَدُّ إلى مكانها . ولنا ، أن الآية تُقتضى الإخراج عن السُّكنى ، وهذا لا يتحقق فيما قاله . وأما الفاحشة فهي اسم للزَّنى وغيره من الأقوال الفاحشة ، يقال : أَفْحَشَ فلانٌ في مَقَالِهِ . ولهذا روى عن النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ لَهُ عَائِشَةُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، قُلْتُ لِفُلَانٍ : « بَسْ أَخُو الْعَشِيرَةِ » . فلما دَخَلَ أَلْتَّ لَهُ الْقَوْلَ . فقال : « يَا عَائِشَةُ ، إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْفَحْشَ وَلَا التَّفَحُّشَ » ﴿٥٤﴾ . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّ الوردَةَ يُخْرِجُونَهَا عن ذلك الْمَسْكَنِ ، إلى مسكنٍ آخرٍ من الدارِ إن كانت كبيرةً تُجمَعُهم ، فإن كانت لا تُجمَعُهم ، أو لم يُمكنْ ثقلها إلى غيره في الدار ، أو لم يَخْلُصُوا مِنْ أَذَاهَا بِذلك ، فلهم ثقلها . وقال بعضُ أصحابنا / يَتَّقِلُونَ / هم عنها ؛ لأنَّ سُكْنَاهَا واجبٌ في المكان ، وليس بواجبٍ عليهم . والنَّصُّ يَدُلُّ على أَنَّهَا تُخْرَجُ ، فلا يُعْرَجُ ﴿٥٥﴾ على ما خالفه ، ولأنَّ الفاحشة منها ، فكان الإخراج لها . وإن كان أحماؤها هم الذين يودُّونها ، ويُفَحِّشُونَ عليها ، ثَقُلُواهم دُونَهَا ، فإنَّها لم تُأْتِ بِفاحشةٍ ، فلا تُخْرَجُ بِمَقْتَضَى النَّصِّ ، ولأنَّ الذَّلْبَ لهم فيَحْصُونَ ﴿٥٦﴾ بالإخراج . وإن كان الْمَسْكَنُ لغيرِ الْمَيِّتِ فَتَبَرَّعَ صاحبه بِإِسْكَانِهَا فيه ، لَزِمَهَا الْإِعْتِدَادُ بِهِ ، وإن أبى أن يُسْكِنَهَا إِلَّا بِأَجْرَةٍ ، وَجِبَ بِذَلِكَ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ ، إِلَّا أَنْ يَتَبَرَّعَ إنسانٌ بِبَذْلِهَا ، فَيَلْزِمُهَا ﴿٥٨﴾ الْإِعْتِدَادُ بِهِ ، فإن حَوَّلَهَا مَالِكٌ ﴿٥٩﴾

٢٦٢/٨

(٥٣) سورة النساء ١٥ .

(٥٤) أخرجه البخارى ، فى : باب لم يكن النبى ﷺ فاحشا ولا متفحشا ، وباب ما يجوز من اغتيا ب أهل الفساد والريب ، وباب المدارة مع الناس ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ١٥/٨ ، ١٦ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٣٨ . وأبو داود ، فى : باب فى حسن العشرة ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٥١/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى حسن الخلق ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ ٢/٢ ، ٩٠٤ .

(٥٥) فى ب ، م ، د ولم .

(٥٦) فى أ : يعول .

(٥٧) فى الأصل : فيحتمون .

(٥٨) فى الأصل ، ب : ويلزمها .

(٥٩) فى أ ، م ، د : صاحب .

المكان ، أو طَلَبَ أَكْثَرَ مِنْ أُجْرَةٍ^(٦٠) الْيَثَل ، فعل الْوَرْتَةِ إِسْكَانُهَا إِنْ كَانَ لِلْمَيْتِ تَرْكَةً يُسْتَأْجَرُ لَهَا بِهِ مَسْكَنٌ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهَا يُقَدَّمُ عَلَى الْيَرِاثِ ، فَإِنْ اخْتَارَتِ الثَّقَلَةُ عَنْ هَذَا الْمَسْكَنِ الَّذِي يَتَقَلَّبُهَا إِلَيْهِ ، فَلَهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ سَكْنَهَا بِهِ حَقٌّ لَهَا ، وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهَا ، فَإِنَّ الْمَسْكَنَ الَّذِي كَانَ يَجِبُ عَلَيْهَا السُّكْنَى بِهِ ، هُوَ الَّذِي كَانَتْ تُسْكِنُهُ حِينَ مَوْتِ زَوْجِهَا ، وَقَدْ سَقَطَتْ عَنْهَا السُّكْنَى بِهِ ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَسْكَنُ الَّذِي كَانَتْ بِهِ لِأَبْوَيْهَا ، أَوْ لِأَحَدِهَا ، أَوْ لِغَيْرِهِمْ . وَإِنْ كَانَتْ تُسْكِنُ فِي^(٦١) دَارِهَا^(٦٢) ، فَاخْتَارَتْ الْإِقَامَةَ فِيهَا ، وَالسُّكْنَى بِهَا ، مُتَبَرِّعَةً أَوْ بِأُجْرَةٍ تَأْخُذُهَا مِنَ التَّرِكَةِ ، جَاز ، وَيَلْزَمُ الْوَرْتَةَ بِذَلِكَ الْأُجْرَةُ إِذَا طَلَبَتْهَا ، وَإِنْ طَلَبَتْ أَنْ تُسْكِنَهَا غَيْرَهَا ، وَتَتَقَلَّبَ عَلَيْهَا ، فَلَهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهَا أَنْ تُؤَجِّرَ دَارَهَا وَلَا تُعَيِّرَهَا ، وَعَلَيْهِمْ إِسْكَانُهَا .

فصل : فَأَمَّا إِذَا قُلْنَا : لَيْسَ لَهَا السُّكْنَى . فَتَطَوَّعَ الْوَرْتَةُ بِإِسْكَانِهَا فِي مَسْكَنِ زَوْجِهَا ، أَوْ السُّلْطَانِ ، أَوْ أَجَنَّبِيٍّ ، لَزِمَهَا الْإِعْتِدَادُ بِهِ ، وَإِنْ مُنِعَتْ السُّكْنَى بِهِ ، أَوْ طَلَبُوا مِنْهَا الْأُجْرَةَ ، فَلَهَا أَنْ تَتَقَلَّبَ عَنْهُ^(٦٣) إِلَى غَيْرِهِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِيهَا إِذَا أَخْرَجَهَا الْمُوَجِّرُ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ ، وَسَوَاءٌ قَدَّرَتْ عَلَى الْأُجْرَةِ ، أَوْ عَجَزَتْ عَنْهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَلْزَمُهَا السُّكْنَى لَا تَحْصِيلُ الْمَسْكَنِ . وَإِنْ كَانَتْ فِي مَسْكَنِ لَزَوْجِهَا ، فَأَخْرَجَهَا الْوَرْتَةُ مِنْهُ ، وَبَذَلُوا لَهَا مَسْكَنًا آخَرَ ، لَمْ تَلْزَمْهَا السُّكْنَى بِهِ^(٦٤) . وَكَذَلِكَ إِنْ أَخْرَجَتْ مِنَ الْمَسْكَنِ الَّذِي هِيَ بِهِ ، أَوْ خَرَجَتْ لِأَيِّ عَارِضٍ كَانَ ، لَمْ تَلْزَمْهَا السُّكْنَى فِي مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ سِوَاهُ ، سِوَاءَ بَذَلَهُ الْوَرْتَةُ أَوْ غَيْرُهَا ؛ لِأَنَّهُمَا إِنَّمَا يَلْزَمُهَا الْإِعْتِدَادُ فِي بَيْتِهَا الَّذِي كَانَتْ فِيهِ ، لَا فِي غَيْرِهِ . وَكَذَلِكَ إِذَا قُلْنَا : لَهَا السُّكْنَى . فَتَعَذَّرَ سَكْنَهَا فِي مَسْكِنِهَا ، وَبَذَلَ لَهَا مِوَاهُ . وَإِنْ طَلَبَتْ مَسْكَنًا سِوَاهُ ، لَزِمَ الْوَرْتَةَ تَحْصِيلُهُ ، بِأُجْرَةٍ أَوْ بِغَيْرِهَا / ، إِنْ حُلِفَ الْمَيْتُ تَرْكَةً يُفِي

١٦٢/٨ ط

(٦٠) فِي الْأَصْلِ ، ب : أ : أُجْرَةٌ .

(٦١-٦٢) ق فِي ب : م : دَارُهَا .

(٦٢) فِي الْأَصْلِ : عَنْهُ .

(٦٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب : م .

بذلك ، ويُقدَّم ذلك على الميراث ؛ لأنه حقٌّ على الميت ، فأشبهه الذَّيْن ؛ فإن كان على الميت دينٌ يستغرقُ ماله ، ضَرَبَتْ بأجرة المسكن ^(٦٤) مع الغُرماء ^(٦٥) ؛ لأنَّ حقَّها مُساوٍ لحقوقِ الغُرماء ، وتُستأجرُ بما يُصيبُها مَوْضِعاً تسكنه . وكذلك الحكمُ في المُطلَّقة إذا حُجِرَ على الزوج قبل أن يُطلَّقا ، ثم طلقها ، فإنها تُضربُ بأجرة المسكن لمدةِ العِدَّةِ مع الغُرماء ، إذا كانت حاملاً . فإن قيل : فهَلَّا قَدَّمْتُمْ حقَّ الغُرماء ؛ لأنه أَسْبَقُ ؟ قلنا : لأنَّ حقَّها ثَبَتَ عليه بغيرِ اختيارِها ، فشاركَتِ الغُرماء فيه ، كالوَأَلَّفَ المُفْلِسُ مَالاً لإنسانٍ أو جَنَى عليه ، وإن مات ، وهى فى مَسْكَنِهِ ، لم يُجْزَ إخراجُها منه ، لأنَّ حقَّها تَعَلَّقَ بعينِ المَسْكَنِ قبل تَعَلُّقِ حُقُوقِ الغُرماءِ بعينه ، فكان حقُّها مُقدِّماً كحقِّ المُرْتَهِنِ . وإن طَلَبَ الغُرماءُ بَيْعَ هذا المسكن ، وتَرَكَّ السُّكْنَى لها مُدَّةُ العِدَّةِ ، لم يُجْزَ ؛ لأنها إِنَّمَا تُسْتَحَقُّ السُّكْنَى إذا كانت حاملاً ، ومُدَّةُ الحَمْلِ مَجْهُولَةٌ ، فتَصِيرُ كالوَأَعَاها واستثنى نَفْعُها مُدَّةً مَجْهُولَةً . وإن أراد الورثة قِسْمَةَ مَسْكَنِها على وَجْهِ يَضُرُّها فى السُّكْنَى ، لم يَكُنْ لهم ذلك . وإن أرادوا التَّعْلِيمَ بِحُطُوطٍ ، من غَيْرِ نَقْضٍ ولا بِنَاءٍ ، جاز ؛ لأنه لا ضَرَرَ عليها فيه .

فصل : وإذا قلنا : إنها تُضربُ مع الغُرماء بِقَدْرِ مُدَّةِ عِدَّتِها . فإنها تُضربُ بِمُدَّةِ عَادَتِها فى وَضْعِ الحَمْلِ ، إن كانت حاملاً ، وإن كانت مُطلَّقةً من ذَوَابِ القُرُوءِ ، وقلنا : لها السُّكْنَى . ضَرَبَتْ بِمُدَّةِ عَادَتِها فى القُرُوءِ ، فإن لم تَكُنْ لها عَادَةٌ ، ضَرَبَتْ بِغَالِبِ عَادَاتِ النِّسَاءِ ، وهو تِسْعَةُ أَشْهُرٍ لِلْحَمْلِ ، وثلاثةُ أَشْهُرٍ ، لكلِّ قُرْبَى شَهْرٍ ، أو بِمَا ^(٦٦) بَقِيَ من ذلك ، إن كان قد مَضَى من مُدَّةِ حَمْلِها شَيْءٌ ؛ لأنه لا يُمْكِنُ تأخِيرُ القِسْمَةِ لِحقِّ الغُرماءِ ، فإذا ضَرَبَتْ بذلك ، فوافق الصَّوَابُ ، ولم ^(٦٧) تَرُدَّ ولم تُنْقَضْ ،

(٦٤-٦٥) سقط من : الأصل ، أ ، ب .

(٦٥) ق ب : د و هـ .

(٦٦) ق ب : د فلم .

استقرَّ الحُكْمُ ، وَتَسْتَأْجِرُ بِمَا يَحْصُلُ لَهَا مَكَانًا تُسْكِنُهُ . وَإِذَا تَعَدَّرَ ذَلِكَ ، سَكَنْتَ حَيْثُ شَاءْتَ . وَإِنْ كَانَتِ الْمُدَّةُ أَقْلَ مَا ضَرَّرَتْ بِهِ ، مِثْلُ أَنْ وَضَعْتَ حَمْلَهَا^(٦٧) لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ تَرَبَّصْتَ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ فِي شَهْرَيْنِ ، فَعَلَيْهَا رَدُّ الْفَضْلِ ، وَتَضْرِبُ فِيهِ بِحَصَّتَيْهَا مِنْهُ . وَإِنْ طَالَتِ الْعِدَّةُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، مِثْلُ أَنْ وَضَعْتَ حَمْلَهَا فِي عَامٍ ، أَوْ رَأَتْ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ فِي نِصْفِ عَامٍ ، رَجَعَتْ بِذَلِكَ عَلَى الْغُرَمَاءِ ، كَمَا يَرْتَجِعُونَ عَلَيْهَا فِي صُورَةِ النِّقْصِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تُرْجَعَ بِهِ ، وَيَكُونُ فِي ذِمَّةِ زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّا قَدَرْنَا ذَلِكَ مَعَ تَجْوِيزِ الزَّيَادَةِ ، فَلَمْ تَكُنْ لَهَا / الزَّيَادَةُ عَلَيْهِ .

١٦٣/٨

فصل : وَلِلْمُعْتَدَةِ الْخُرُوجُ فِي حَوَائِجِهَا نَهَارًا ، سَوَاءً كَانَتْ مُطْلَقَةً أَوْ مُتَوَفًى عَنْهَا^(٦٨) ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، قَالَ : طَلَّقْتُ خَالَتِي ثَلَاثًا ، فَخَرَجَتْ تُجَدُّ نُحْلَهَا ، فَلَقِيَهَا رَجُلٌ ، فَتَهَاها ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « أَخْرِجِي ، فَجُدِي نُحْلَكَ ، لَعَلَّكَ أَنْ تَصْدُقِي^(٦٩) مِنْهُ ، أَوْ تَفْعَلِي خَيْرًا » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ، وَأَبُو دَاوُدَ^(٧٠) . وَرَوَى مُجَاهِدٌ ، قَالَ : اسْتَشْهِدَ رِجَالُ يَوْمٍ أَحَدٌ ، فَجَاءَتْ نِسَاءَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، وَقُلْنَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، نَسْتَوْجِشُ بِاللَّيْلِ ، أَتَنْبِئُكَ عِنْدَ إِخْدَانَا ، فَإِذَا أَصْبَحْنَا بَادَرْنَا إِلَى بَيْتِنَا ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « تَحَدَّثُنْ عِنْدَ إِخْدَانِكُنَّ ، حَتَّى إِذَا أَرَدْتُنَّ التَّوَمَّ ، فَلْتَوُبْ كُلُّ وَاحِدَةٍ إِلَى بَيْتِهَا^(٧١) » . وَلَيْسَ لَهَا الْمَبِيتُ فِي غَيْرِ بَيْتِهَا ، وَلَا الْخُرُوجُ لَيْلًا ، إِلَّا لِحَاضَةٍ ؛ لِأَنَّ

(٦٧) سقط من : ب .

(٦٨) في أنفاده : زوجهها .

(٦٩) في م : تصدق .

(٧٠) أخرجه النسائي ، في : باب خروج المتوفى عنها بالنهار ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٧٤/٦ . وأبو داود ، في :

باب في المتوفى تخرج بالنهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٥/١ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب جواز خروج المطلقة البائن ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١٢١/٢ .

وابن ماجه ، في : باب هل تخرج المرأة في عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٥٦/١ . والدارمي ، في : باب

خروج المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢١/٣ .

والبيهقي ، في : باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٣٦/٧ .

(٧١) أخرجه البيهقي ، في : باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى

٤٣٦/٧ . وعبد الرزاق ، في : باب أين تعد للمتوفى عنها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦/٧ .

الليل مَظِنَّةُ الْفَسَادِ ، بخلاف النهار ، فإنه مَظِنَّةُ قَضَاءِ الْحَوَائِجِ وَالْمَعَاشِ ، وشراء ما يُحتاج إليه . وإن وَجَبَ عليها حق لا يمكن استيفاءه إلا بها ، كاليمين والحد ، وكانت ذاتِ خِذْرِ ، بَعَثَ إليها الحاكمُ مَنْ يَسْتَوْفِي الْحَقَّ مِنْهَا فِي مَنْزِلِهَا ، وإن كانت بِرَزَّةَ^(٧٢) ، جاز لإحضارها لِإِسْتِيفَائِهِ ، فإذا قَرَعَتْ رَجَعَتْ إِلَى مَنْزِلِهَا .

فصل^(٧٣) : وَالْأُمَةُ كَالْحُرَّةِ فِي الْإِحْدَادِ وَالْإِعْتِدَادِ فِي الْمَنْزِلِ ، إِلَّا أَنْ سَكَنَاهَا فِي الْعِدَّةِ كَسَكْنَاهَا فِي حَيَاةِ زَوْجِهَا ، لِلسَّيِّدِ إِمْسَاكُهَا نَهَارًا ، وَإِرْسَالُهَا لَيْلًا ، فَإِنْ أُرْسِلَتْهَا لَيْلًا وَنَهَارًا ، اعْتَدَّتْ زَمَانَهَا كُلَّهُ فِي الْمَنْزِلِ ، وَعَلَى الْوَرِثَةِ إِسْكَانُهَا^(٧٤) فِيهَا^(٧٥) ، كَالْحُرَّةِ سَوَاءً .

فصل : وَالْبَدْوِيَُّةُ كَالْحَضَرِيَّةِ فِي الْإِعْتِدَادِ فِي مَنْزِلِهَا الَّذِي مَاتَ زَوْجُهَا وَهِيَ سَاكِنَةٌ فِيهِ ، فَإِنْ انْتَقَلَتِ الْجِلَّةُ ، انْتَقَلَتْ مَعَهُمْ ؛ لِأَنَّهَا لَا يُمْكِنُهَا الْمَقَامُ وَحْدَهَا ، وَإِنْ انْتَقَلَ غَيْرُ أَهْلِهَا ، لَزِمَهَا الْمَقَامُ مَعَهُمْ^(٧٦) ، وَإِنْ انْتَقَلَ أَهْلُهَا ، انْتَقَلَتْ مَعَهُمْ ، إِلَّا أَنْ يَبْقَى مِنَ الْجِلَّةِ مَنْ لَا تَخَافُ عَلَى نَفْسِهَا مَعَهُمْ ، فَتَكُونُ مُخَيَّرَةً بَيْنَ الْإِقَامَةِ وَالرَّحِيلِ . وَإِنْ هَرَبَ أَهْلُهَا ، فَخَافَتْ ، هَرَبَتْ مَعَهُمْ ، وَإِنْ أَمِنَتْ أَقَامَتْ لِقَضَاءِ الْعِدَّةِ فِي مَنْزِلِهَا .

فصل : فَإِنْ مَاتَ صَاحِبُ السَّيْفِيَّةِ وَامْرَأَتُهُ فِي السَّيْفِيَّةِ ، وَلَهَا مَسْكَنٌ فِي الْبَرِّ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ الْمُسَافِرَةِ فِي الْبَرِّ ، عَلَى مَا سَنَدَّكُرُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَسْكَنٌ سِوَاهَا ، وَكَانَ لَهَا^(٧٧) فِيهَا^(٧٨) يَبِيتُ يُمْكِنُهَا السُّكْنَى فِيهِ ، بِحَيْثُ لَا تَجْتَمِعُ مَعَ الرِّجَالِ ، وَأَمْكِنَهَا الْمَقَامَ فِيهِ ، بِحَيْثُ تَأْمَنُ عَلَى نَفْسِهَا وَمَعَهَا مَحْرَمُهَا ، لَزِمَهَا أَنْ تَعْتَدَّ بِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ

(٧٢) امرأة برزة : تبرز للقوم ، يجلسون إليها ويحدثون ، وهي عفيفة .

(٧٣) سقط هذا الفصل من : ب .

(٧٤) في م : : سَكَنَاهَا .

(٧٥) في الأصل : : فِيهَا .

(٧٦) في الشرح الكبير : : مَعَ أَهْلِهَا .

(٧٧) سقط من : ب ، م .

(٧٨) في أ : : فِيهِ .

ضَبَقَةً ، وليس معها مَحْرَمُهَا ، أو لَا يُمْكِنُهَا الإِقَامَةُ فِيهَا إِلَّا بِحَيْثُ تُخْتَلِطُ بِالرِّجَالِ ، لَزِمَها الْإِتِّقَالُ عَنْهَا^(٧٩) إِلَى مَوْضِعِ سِرِّهَا .

١٣٦٤ - مسألة : قال (: وَالْمُطَلَّقةُ ثَلَاثًا ، تَتَرَقَّى الطَّبْءَ ، وَالزَّيْنَةَ ، وَالْكُخْلَ بِالْإِتِّمَادِ)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي وُجُوبِ الْإِحْدَادِ عَلَى الْمُطَلَّقةِ الْبَائِسِ ؛ فَعَنَى ، يَجِبُ عَلَيْهَا . وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَجِبُ عَلَيْهَا . وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَرَبِيعَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَابْنِ الْمُثَنِّيرِ . وَنَحْوَهُ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أَنْ تُجِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا »^(٨٠) . وَهَذِهِ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ، فَيُذَلُّ عَلَى أَنَّ الْإِحْدَادَ إِنَّمَا يَجِبُ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَلِأَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ عَنْ غَيْرِ وَفَاةٍ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا الْإِحْدَادُ ، كَالرَّجْعِيَّةِ ، وَالْمَوْطُوءَةِ بِشَبْهَةِ ، وَلِأَنَّ الْإِحْدَادَ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ لِإِظْهَارِ الْأَسْفِ عَلَى فِرَاقِ زَوْجِهَا وَمَوْتِهِ ، فَأَمَّا الطَّلَاقُ فَإِنَّهُ فَارَقَهَا بِاخْتِيَارِ نَفْسِهِ ، وَقَطَعَ نِكَاحَهَا ، فَلَا مَعْنَى لَتَكْلِيفِهَا الْحُزْنَ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا لَوْ أَثَتْ بِوَلَدٍ ، لَحَقَّ الزَّوْجُ ، وَلَيْسَ لَهُ مَنْ يَنْتَقِيهِ ، فَاحْتِيطَ عَلَيْهَا بِالْإِحْدَادِ ، لِثَلَاثٍ يَلْحَقُ بِالمَيِّتِ مَنْ لَيْسَ مِنْهُ ، بِخِلَافِ الْمُطَلَّقةِ ، فَإِنَّ زَوْجَهَا بَاقٍ ، فَهُوَ يَخْتَلِطُ عَلَيْهَا بِنَفْسِهِ ، وَيَتَوَفَّى وَلَدَهَا إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِهِ . وَوَجْهُ الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ بِائِسٍّ مِنْ نِكَاحٍ ، فَلَزِمَها الْإِحْدَادُ ، كَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعِدَّةَ تُحَرِّمُ الشَّكَاحَ ، فَحَرِّمَتْ^(٨١) دَوَائِمَهُ . وَيُخْرَجُ عَلَى هَذَا الرَّجْعِيَّةُ ، فَإِنَّهَا زَوْجَةٌ ، وَالْمَوْطُوءَةُ بِشَبْهَةِ لَيْسَتْ مُعْتَدَّةٌ مِنْ نِكَاحٍ ، فَلَمْ تُكْمَلِ الْحُرْمَةُ . فَأَمَّا الْحَدِيثُ ، فَإِنَّمَا مَذْلُوعُهُ تَحْرِيمُ الْإِحْدَادِ عَلَى مَيِّتٍ غَيْرِ الزَّوْجِ ، وَنَحْنُ نَقُولُ

(٧٩) ب في م ، د : منها .

(٨٠) تقدم ترجمته في صفحة ١٩٣ .

(٨١) في الأصل : ضحرم .

به ، ولهذا جاز الإخداث ههنا بالإجماع ، فإذا قلنا : يلزمها الإخداث ، لزمها شيان ؛
ثَوَقِي الطَّيِّب ، والزينة في نفسها ، على ما قدمنا فيهما^(٣) ، ولا نمنع من التقاب ، ولا من
الاعتدال في غير منزلها ، ولذلك أمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس ، أن تعتد في بيت ابن أم
مَكُون^(٤) . على ما سندكره ، إن شاء الله تعالى .

فصل : وإذا كانت المَبْتُوتة حاملاً ، وَجِبَ لها السُّكْنَى ، رَوَاية واحدة . ولا نعلم بين
أهل العلم خلافاً فيه . / وإن لم تكن حاملاً ، ففيها رَوَايتان ؛ إحداهما ، لا يجب لها
ذلك . وهو قول ابن عباس ، وجابر . وبه قال عطاء ، وطاوس ، والحسن^(٥) ، وعمرو بن
مَيْمُون ، وعكرمة ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود . والثانية ، يجب لها ذلك ، وهو قول
ابن مسعود ، وابن عمر ، وعائشة ، وسعيد بن المسيب ، والقاسم ، وسالم ، وأبي
بكر بن عبد الرحمن ، وخارجة بن زيد ، وسليمان بن يسار ، ومالك ، والثوري ،
والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لقول الله تعالى : ﴿ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا
يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾^(٦) . وقال تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ
سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَئِكَ حَمِيْلًا فَلْيَفْضَحُوا عَلَيْهِنَّ
حَتَّى يُضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾^(٧) . فأوجب لمن السكْنَى مطلقاً ثم خص الحامِلَ بالإفراق
عليها . ولنا ، ما رَوَتْ فاطمة بنت قيس ، أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة ، وهو
غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير ، فسخطته ، فقال : والله ما لك علينا من شيء .
فجاءت رسول الله ﷺ ، فذكرت ذلك له ، فقال لها : « لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ وَلَا
سُكْنَى » . فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : « إِنْ بَلَكَ امْرَأَةٌ يَمْسَحُهَا

(٣) في م : فيها .

(٤) تقدم تحريمه ، في : ٣٠٧/٦ ، ٥٦٧/٩ .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) سورة الطلاق ١ .

(٧) الطلاق ٦ .

أَصْحَابِي . اغْتَدَى فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُوم ٥ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٨) . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ أَنْكَرَ عَلَيْهَا عَمْرٌ ، وَقَالَ : مَا كُنَّا لِنَدْعُ كِتَابَ رَبَّنَا ، وَسِنَّةَ نَبِيِّنَا ، لِقَوْلِ امْرَأَةٍ ، لَا نَذَرِي أَصْدَقْتَ أَمْ كَذَبْتَ . وَقَالَ عُرْوَةُ : لَقَدْ عَابَتْ عَائِشَةُ ^(٩) ذَلِكَ أَشَدَّ الْعَيْبِ ، وَقَالَتْ ^(١٠) : إِنَّهَا كَانَتْ فِي مَكَانٍ وَخَشِي ، فَخِيفَ عَلَى نَاحِيَّتِهَا . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ : تِلْكَ امْرَأَةٌ فَتَنَتِ النَّاسَ ، إِنَّهَا كَانَتْ لَسِيئَةً ، فَوُضِعَتْ عَلَى يَدَيِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومِ الْأَعْمَى . قُلْنَا : أَمَّا مُخَالَفَةُ الْكِتَابِ ، فَإِنَّ فَاطِمَةَ لَمَّا أَنْكَرُوا عَلَيْهَا ، قَالَتْ : بَنِي وَبَيْنَكُمْ كِتَابُ اللَّهِ ، قَالَ تَعَالَى : ﴿ لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ ^(١١) . فَأَيُّ أَمْرٍ يُحْدِثُ بَعْدَ الثَّلَاثِ ؟ فَكَيْفَ تَقُولِينَ : لَا نَفَقَةَ لَهَا ، إِذَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا فَعَلَامَ تُخْبِسُونَهَا ؟ فَكَيْفَ تُخْبِسُ امْرَأَةً بِغَيْرِ نَفَقَةٍ ؟ وَأَمَّا قَوْلُهُمْ : إِنَّ عَمْرًا قَالَ : لَا نَدْعُ كِتَابَ رَبَّنَا . فَقَدْ أَنْكَرَ أَحْمَدُ هَذَا الْقَوْلَ عَنْ عَمْرٍ ، قَالَ : وَلَكِنَّهُ قَالَ : لَا تُجِيزُ فِي دِينِنَا قَوْلَ امْرَأَةٍ . وَهَذَا مُجْمَعٌ عَلَى خِلَافِهِ ، وَقَدْ أَخَذْنَا بِخَيْرِ فُرْقَةٍ ، وَهِيَ امْرَأَةٌ ، وَبِرَوَايَةِ عَائِشَةَ وَأَزْوَاجِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ ، وَصَارَ أَهْلُ الْعِلْمِ إِلَى خَيْرِ فَاطِمَةَ هَذَا فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ ، / مِثْلَ ١٦٤/٨ ط

سُقُوطِ نَفَقَةِ الْمَتَوْتَةِ إِذَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا ، وَنَظَرِ الْمَرْأَةِ إِلَى الرِّجَالِ ، وَخِطْبَةِ الرَّجُلِ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِذَا لَمْ تَكُنْ سَكَنَتْ إِلَى الْأَوَّلِ . وَأَمَّا تَأْوِيلُ مَنْ تَأَوَّلَ حَدِيثَهَا ، فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ، فَإِنَّهَا تُخَالَفُهُمْ فِي ذَلِكَ ، وَهِيَ أَعْلَمُ بِحَالِهَا ، وَلَمْ يَتَّفَقِ الْمُتَأَوِّلُونَ عَلَى شَيْءٍ ، وَقَدْ رُدُّوا عَلَى مَنْ رَدَّ عَلَيْهَا ، فَقَالَ مَيْمُونُ بْنُ مِهْرَانَ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، لَمَّا قَالَ : تِلْكَ امْرَأَةٌ فَتَنَتِ النَّاسَ : لَعَنَ كَانَتْ إِنْهَا أَخَذَتْ بِمَا أَفْتَاهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا فَتَنَتِ النَّاسَ ، وَإِنْ لَنَا فِي

(٨) قول عائشة أخرجه البخاري ، في : باب قصة فاطمة بنت قيس ، وباب المطلقة إذا خشي عليها ... ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٧٥/٧ . ومسلم ، في : باب المطلقة ثلاثا لانفقة لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١١٦/٢ . وأبو داود ، في : باب من أنكر ذلك على فاطمة بنت قيس ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٤/١ . كما أخرج أبو داود قول عمر رضي الله عنه في الموضع نفسه .

(٩) في ١٠١ م : ٥ وقال ٥ .

(١٠) سورة الطلاق ١ .

رسول الله ﷺ أَسْوَةٌ حَسَنَةٌ ، مع أَنَّهَا أُخْرِمَ النَّاسُ عَلَيْهِ ، لَيْسَ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ ، وَلَا بَيْنَهُمَا مِيرَاثٌ . وَقَوْلُ عَائِشَةَ : إِنَّهَا كَانَتْ فِي مَكَانٍ وَخَشٍ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ غَلَّلَ بِغَيْرِ ذَلِكَ ، فَقَالَ : « يَا ابْنَةُ آلِ قَيْسٍ ، إِنَّمَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ مَا كَانَ لِرَجُلٍ لِرَجُلٍ عَلَيْهِ الرُّجْعَةُ » . هَكَذَا رَوَاهُ الْحَمِيدِيُّ ^(١١) ، وَالْأَثَرِيُّ ^(١٢) . وَلَا كُنْهُ لَوْ صَحَّ مَا قَالَتْهُ عَائِشَةُ أَوْ غَيْرُهَا ^(١٣) مِنَ التَّأْوِيلِ ، مَا احتَاجَ عَمْرٌ فِي رَدِّهِ إِلَى أَنْ يَعْتَدِرَ بِأَنَّهُ قَوْلُ امْرَأَةٍ . ثُمَّ فَاطِمَةُ صَاحِبَةُ الْقِصَّةِ ، وَهِيَ أَعْرَفُ بِنَفْسِهَا وَبِحَالِهَا ، وَقَدْ أَلْكَرَتْ عَلَى مَنْ أَلْكَرَ عَلَيْهَا ، وَرَدَّتْ عَلَى مَنْ رَدَّ خَبَرَهَا ، أَوْ تَأَوَّلَهُ بِخِلَافِ ظَاهِرِهِ ، فَيَجِبُ تَقْدِيمُ قَوْلِهَا ؛ لِمَعْرِفَتِهَا بِنَفْسِهَا ، وَمُوَافَقَتِهَا ظَاهِرَ الْخَبَرِ ، كَمَا فِي سَائِرِ مَا هَذَا سَبِيلُهُ .

فصل : قَالَ أَصْحَابُنَا : وَلَا يَتَعَيَّنُ الْمَوْضِعُ الَّذِي تُسْكَنُهُ فِي الطَّلَاقِ ، سَوَاءً قُلْنَا : لَهَا السُّكْنَى . أَوْ لَمْ تَقُلْ ، بَلْ يَتَخَيَّرُ الزَّوْجُ بَيْنَ إِقْرَارِهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي طَلَّقَهَا فِيهِ ، وَبَيْنَ نَقْلِهَا إِلَى مَسْكَنِ يُمِثِّلُهَا ، وَالْمُسْتَحَبُّ إِقْرَارُهَا ، لقوله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بَيْوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾ . وَلَئِنْ فِيهِ خُرُوجًا مِنَ الْخِلَافِ ، فَإِنَّ الَّذِينَ ذَكَرْنَا عَنْهُمْ أَنَّ لَهَا السُّكْنَى ، يَرَوْنَ وَجُوبَ الْاِغْتِدَادِ عَلَيْهَا فِي مَنْزِلِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ فِي بَيْتٍ يَمْلِكُ الزَّوْجُ سُكْنَاهَا ، وَيَصْلُحُ لِمِثْلِهَا ، اعْتَدَتْ فِيهِ ، فَإِنْ ضَاقَ عَنْهَا ، انْتَقَلَ عَنْهَا وَتَرَكَهَا لَهَا ، لِأَنَّهُ يُسْتَحَبُّ سُكْنَاهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي طَلَّقَهَا فِيهِ ، وَإِنْ اتَّسَعَ الْمَوْضِعُ لَهَا ، وَفِي الدَّارِ مَوْضِعٌ لَهَا مُتَفَرِّدٌ ، كَالْحَجَرَةِ أَوْ عُلُوِّ الدَّارِ أَوْ سَفْلِهَا ، وَبَيْنَهُمَا بَابٌ مُغْلَقٌ ، سَكَنْتَ فِيهِ ، وَسَكَنَ الزَّوْجُ فِي الْبَاقِي ، لِأَنَّهُمَا كَالْحُجْرَتَيْنِ الْمُتَجَارِفَتَيْنِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا بَابٌ مُغْلَقٌ ، لَكِنْ لَهَا مَوْضِعٌ تَسْتَرُّ فِيهِ ، بِحَيْثُ لَا يَرَاهَا ، وَمَعَهَا مَحْرَمٌ تَحْفَظُ بِهِ ، جَازٌ ؛ لِأَنَّ مَعَ الْمَحْرَمِ يَوْمُنُ الْفَسَادِ ، وَيُكْرَهُ فِي الْجُمْلَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَوْمُنُ النُّظَرُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا مَحْرَمٌ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لقول النبي ﷺ : « لَا يَحِلُّونَ رَجُلٌ » ١٦٥/٨

(١١) فِي ب ، م : « الْحَمِيدُ » .

(١٢) وَأَخْرَجَهُ الْإِسْلَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٧٣/٦ ، ٤١٧ .

(١٣) فِي أ ، ب : « وَغَيْرُهَا » .

بِامْرَأَةٍ لَيْسَتْ لَهُ بِمَحْرَمٍ ؛ فَإِنْ ثَالِثُهُمَا الشَّيْطَانُ ^(١١) . وَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنْ إِسْكَانِهَا ، وَكَانَتْ مَعَهَا عَلَيْهِ السُّكْنَى ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ ، فَإِنْ كَانَ الْحَاكِمُ مَعْدُومًا ، رَجَعَتْ عَلَى الزَّوْجِ ، وَإِنْ كَانَ الْحَاكِمُ موجودًا ، فَهَلْ تُرْجِعُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ حَاضِرًا ، وَلَمْ يَمْنَعْهَا مِنَ الْمَسْكَنِ ، فَانْكَرَتْ لِنَفْسِهَا مَوْضِعًا ، أَوْ سَكَنْتْ فِي مَوْضِعٍ تَمْلِكُهُ ، لَمْ تُرْجِعْ بِالْأُجْرَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَبَرَّعَتْ بِذَلِكَ ، فَلَمْ تُرْجِعْ بِهِ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ عَجَزَ الزَّوْجُ عَنْ إِسْكَانِهَا ؛ لِعُسْرَتِهِ ، أَوْ غَيْبَتِهِ ، أَوْ اِمْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ مَعَ قُدْرَتِهِ ، سَكَنْتْ حَيْثُ شَاءَتْ . وَكَذَلِكَ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ، إِذَا لَمْ يُسْكِنْهَا وَرَكَّتْ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَلْزَمُهَا السُّكْنَى فِي مَنْزِلِهِ لِلتَّحْصِينِ مَائِهِ ؛ إِذَا لَمْ تَفْعَلْ ، لَمْ يَلْزَمُهَا ذَلِكَ .

١٣٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا حَرَجَتْ إِلَى الْحَجِّ ، فَتَوَفَّى عَنْهَا ^(١٢) زَوْجُهَا ، وَهِيَ بِالْقَرْبِ ، رَجَعَتْ لِتَقْضَى الْعِدَّةُ ، فَإِنْ كَانَتْ قَدْ تَبَاعَدَتْ ، مَضَتْ فِي سَفَرِهَا ، فَإِنْ رَجَعَتْ وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهَا ^(١٣) مِنْ عِدَّتِهَا شَيْءٌ ، أَثَبَّ بِهِ فِي مَنْزِلِهَا) ^(١٤)

وَجَمَلُهُ أَنَّ الْمُعْتَدَّةَ مِنَ الْوَفَاةِ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَخْرُجَ إِلَى الْحَجِّ ، وَلَا إِلَى ^(١٥) غَيْرِهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعُثْمَانَ ، وَرَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْقَاسِمُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالتَّوْرِيُّ . وَإِنْ حَرَجَتْ ، فَمَاتَ زَوْجُهَا فِي الطَّرِيقِ ، رَجَعَتْ إِنْ كَانَتْ قَرِيبَةً ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الْإِقَامَةِ ، وَإِنْ تَبَاعَدَتْ ، مَضَتْ فِي سَفَرِهَا . وَقَالَ مَالِكٌ : تُرَدُّ مَا لَمْ تُحْرِمَ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْبَعِيدَةَ لَا تُرَدُّ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِهَا ، وَعَلَيْهَا مَشَقَّةٌ ، وَلَا بُدَّ لَهَا ^(١٦) مِنْ سَفَرٍ وَإِنْ رَجَعَتْ . قَالَ الْقَاضِي : يَنْبَغِي أَنْ يُحَدِّثَ الْقَرِيبُ

(١٤) أخرجه الترمذی ، فی : باب ما جاء فی لزوم الجماعة ، من كتاب الفتن ، عارضة الأخوذی ٩/٩ . وإلزام أحمد ، فی : المسند ١٨/١ ، ٢٦ ، ٣٣٩/٣ ، ٤٤٦ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) فی ا ، ب : ٥ منزله .

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥) فی الأصل ، ا ، ٥ بها .

بما لا تُقصرُ فيه الصَّلَاةُ ، والبعيدُ ما تُقصرُ فيه ؛ لأنَّ ما لا تُقصرُ الصَّلَاةُ فيه أحكامُ أحكامِ الحَضَرِ . وهذا قولُ أبي حنيفة ، إلَّا أنَّه لا يَرى القَصْرَ إلَّا في مَسِيرَةٍ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ .
 (١) فقال : متى كان بينها وبين مَسْكَنِهَا دُونَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ، فعليها الرُّجُوعُ إليه ، وإن كان فوق ذلك لَزِمَهَا الْمُضِيُّ إلى مَقْصِدِهَا ، والاعتدَادُ فيه إذا كان بينها وبينه دُونَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ^(٢) ، وإن كان بينه وبينها ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ ، وفي مَوْضِعِهَا الَّذِي هِيَ بِهِ مَوْضِعٌ يُمَكِّنُهَا الْإِقَامَةَ فيه ، لَزِمَهَا الْإِقَامَةُ ، وإن لم يُمَكِّنْهَا الْإِقَامَةُ ، مَضَتْ إلى مَقْصِدِهَا . وقال الشافعي : إن فَارَقَتِ الْبَيْتَانَ ، فلها الخيارُ بين الرُّجُوعِ والتَّمامِ ؛ لأنَّها صارت في مَوْضِعٍ أُذِنَ لَهَا رُجُوعُهَا فيه ، وهو السَّفَرُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَتْ قَدْ بَعُدَتْ . وَلَنَا ، على وَجُوبِ الرُّجُوعِ إذا كَانَتْ قَرِيبَةً ، مَا رَوَى سَعِيدٌ^(٣) ، ثنا جَرِيرٌ ، عن مَنْصُورٍ ، عن سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ / قال : ثَوَمِي أَرْوَاهُ ، يَسْأَلُهُنَّ حَاجَاتٍ أَوْ مُعْتِمِرَاتٍ ، فَرُدُّهُنَّ عَمْرُ مِنْ ذِي الْحَلِيفَةِ ، حَتَّى يَتَعَدَّذْنَ^(٤) فِي بُيُوتِهِنَّ^(٥) . وَلَئِنَّهُ^(٦) أَمَكَّنَهَا الْإِعْتِدَادُ فِي مَنَزْلِهَا قَبْلَ أَنْ يَتَعَدَّ سَفَرُهَا ، فَلَزِمَهَا ، كَمَا لَوْ تَفَارَقَ الْبَيْتَانِ . وَعَلَى أَنَّ الْبَعِيدَةَ لَا يَلْزِمُهَا الرُّجُوعُ ، أَنَّ^(٧) عَلَيْهَا مَشَقَّةً ، وَتَحْتَاجُ إِلَى سَفَرٍ فِي رُجُوعِهَا ، فَأَشْبَهَتْ مَنْ بَلَغَتْ مَقْصِدَهَا . وَإِنْ اخْتَارَتِ الْبَعِيدَةُ الرُّجُوعَ ، فَلَهَا ذَلِكَ إِذَا كَانَتْ تُصِلُّ إِلَى مَنَزْلِهَا قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، وَمَتَى كَانَ عَلَيْهَا الرُّجُوعُ خَوْفٌ أَوْ ضَرَرٌ ، فَلَهَا الْمُضِيُّ فِي سَفَرِهَا ، كَمَا لَوْ أَبْعَدَتْ^(٨) . وَمَتَى رَجَعَتْ ،

(٦-٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٧) في : باب المتوفى عنها زوجها أين تعدد ، من كتاب الطلاق . السنن ٣١٧/١ .

كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحمل ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٩١/٢ ، ٥٩٢ . والبيهقي ، في : باب سكنى المتوفى عنها زوجها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٣٥/٧ . وعبد الرزاق ، في : باب أين تعدد المتوفى عنها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٣/٧ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في المطلقة لها أن تحج في عدتها من كراهه ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٨٢/٥ ، ١٨٣ .

(٨-٨) سقط من : ب .

(٩) في ١ : ولأنها .

(١٠) في م : نادة : : كان .

(١١) في ١ ، م : : بعدت .

وقد بَيَّنَّ عليها شيءٌ^(١٢) من عِدَّتِها ، لَزِمَها أنْ تَأْتِيَ به في مَنْزِلِ رَوْجِها ، بلا خِلافٍ نَعْلَمُه بينَهم في ذلك ؛ لأنَّه أَمَكَّتْها الاِعتِدَادُ فيه ، فَلَزِمَتْها ، كما لو لم تُسافرْ منه .

فصل : ولو كانت عليها حِجَّةُ الإسلام ، فمات رَوْجُها ، لَزِمَتْها العِدَّةُ في مَنْزِلِها وإن فاتَها الحِجُّ ؛ لأنَّ العِدَّةَ في المنزِلِ ثَقُوثٌ ، ولا يَنْدَلُها ، والحِجُّ يُمَكِّنُ الإِثْنائِ به في غيرِ هذا العام . وإن مات رَوْجُها بعدَ إِحْرَامِها بِحِجِّ الْقَرْصِ ، أو بِحِجِّ^(١٣) أَذِنَ لها رَوْجُها فيه ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كانَ وَقْتُ الحِجِّ مُتَسَيِّعًا ، لا تَخَافُ فَوْتَه ، ولا فَوْتَ الرُّفْقَةِ ، لَزِمَتْها الاِعتِدَادُ في مَنْزِلِها ؛ لأنَّه أَمَكَّنَ الجَمْعَ بينَ الحَقِيقِينِ ، فلم يَجْزِ إِسْقَاطُ أَحَدِهما ، وإن عَشِيتْ فَوَاتَ الحِجُّ ، لَزِمَتْها المُضِيُّ فيه . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : يَلْزِمُها المُقَامُ وإن فاتَها الحِجُّ ؛ لأنَّها مُعْتَدَّةٌ ، فلم يَجْزِ لها أنْ تَنْشِئَ سَفَرًا ، كما لو أحرَمَتْ بعدَ وَجُوبِ العِدَّةِ عليها . ولنا ، أنَّهما عِبَادَتَانِ اسْتَوَيَا في الوُجُوبِ ، وَضَبِقَ الوَقْتُ ، فَوَجِبَ تَقْدِيمُ الأَسْبَقِ منهما ، كما لو كانت العِدَّةُ أَسْبَقَ ، ولأنَّ الحِجَّ أَكْثَرُ ؛ لأنَّه أَحَدُ أَرْكانِ الإسلامِ ، والمَشَقَّةُ بِتَقْوِيَتِهِ تُعْظَمُ ، فَوَجِبَ تَقْدِيمُه ، كما لو مات رَوْجُها بعدَ أنْ بَعُدَ سَفَرُها إليه . وإن أحرَمَتْ بالحِجِّ بعدَ مَوْتِ رَوْجِها ، وعَشِيتْ فَوَاتَه ، اخْتَمَلَ أنْ يَجُوزَ لها المُضِيُّ إليه ؛ لما في بَقائِها في الإِحْرَامِ مِنَ المَشَقَّةِ ، وَاخْتَمَلَ أنْ يَلْزِمَها الاِعتِدَادُ في مَنْزِلِها ؛ لأنَّ العِدَّةَ أَسْبَقَ ، ولأنَّها فَرَطَتْ وَغَلَطَتْ على نَفْسِها ، فإذا قَضَتِ العِدَّةَ ، وأَمَكَّتْها السَّفَرُ إلى الحِجِّ ، لَزِمَتْها ذلك ، فَإِنْ أَذْرَكَته ، وأَلَّا تَحَلَّلَتْ بِعَمَلِ عُمْرَةٍ ، وَحَكْمُها في القِضَاءِ حُكْمُ مَنْ فاته الحِجُّ . وإن لم يُمَكِّنْها السَّفَرُ ، فَحَكْمُها حُكْمُ الْمُحْصَرِ^(١٤) ، كالنِّسَاءِ يَمْنَعُها رَوْجُها مِنَ السَّفَرِ . وَحَكْمُ الإِحْرَامِ بِالْعُمْرَةِ كذلِكَ ، إِذا خَفِيَ فَوَاتُ الرُّفْقَةِ أَوْ لم يُخَف .

فصل : وإذا أَذِنَ لها رَوْجُها / للسَّفَرِ لِغَيْرِ الثُّقَلَةِ ، فَخَرَجَتْ ، ثم مات رَوْجُها ، ١٦٦/٨

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) في الأصل : حج .

(١٤) في ب ، م : المهر . تحريف .

فَالْحُكْمُ فِي ذَلِكَ كَالْحُكْمِ فِي سَفَرِ الْحَجِّ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ . وَإِذَا مَضَتْ إِلَى مَقْصِدِهَا ، فَلَهَا الْإِقَامَةُ حَتَّى تَقْضَى مَا خَرَجَتْ إِلَيْهِ ، وَتَقْضَى حَاجَتُهَا مِنْ تِجَارَةٍ أَوْ غَيْرِهَا . وَإِنْ كَانَ خُرُوجُهَا لِنَزْهَةٍ أَوْ زِيَارَةٍ ، أَوْ لَمْ^(١٥) يَكُنْ قَدَّرَ لَهَا مَدَّةً ، فَإِنَّهَا تُقِيمُ إِقَامَةَ الْمُسَافِرِ ثَلَاثًا ، وَإِنْ كَانَ^(١٦) قَدَّرَ لَهَا مَدَّةً ، فَلَهَا إِقَامَتُهَا ؛ لِأَنَّ سَفَرَهَا بِحُكْمِ إِذْنِهِ ، فَكَانَ لَهَا إِقَامَةٌ مَا أُذِنَ لَهَا فِيهِ ، فَإِذَا مَضَتْ مُدَّتُهَا ، أَوْ قَضَتْ حَاجَتُهَا ، وَلَمْ يُمَكِّنْهَا الرَّجُوعُ ؛ لِخَوْفٍ أَوْ غَيْرِهِ ، أَتَمَّتِ الْعِدَّةَ فِي مَكَانِهَا ، وَإِنْ أَمَكَّنَا الرَّجُوعُ ، لَكِنْ لَا يُمَكِّنُهَا الْوُصُولُ إِلَى مَنْزِلِهَا حَتَّى تَقْضَى عِدَّتُهَا ، لِزَمَّتْهَا الْإِقَامَةُ فِي مَكَانِهَا ؛ لِأَنَّ الْاِعْتِدَادَ وَهِيَ مُقِيمَةٌ أَوَّلَى مِنَ الْإِثْبَانِ بِهَا فِي السَّفَرِ . وَإِنْ كَانَتْ تُصِلُ وَقَدْ بَقِيَ مِنْ عِدَّتِهَا شَيْءٌ ، لَزِمَهَا الْعَوْدُ ؛ لِتَأْتِيَ بِالْعِدَّةِ فِي مَكَانِهَا .

فصل : وَإِنْ أُذِنَ الرَّوْجُ لَهَا فِي الْإِتْقَالِ إِلَى دَارٍ أُخْرَى ، أَوْ بَلَدٍ آخَرَ ، فَمَاتَ قَبْلَ انْتِقَالِهَا ، لَزِمَهَا الْاِعْتِدَادُ فِي الدَّارِ الَّتِي هِيَ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا يَتَنَبَّأُ بِهَا ، وَسَوَاءٌ مَاتَ قَبْلَ ثَقُلِ مَتَاعِهَا أَوْ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهَا مَسْكُنُهَا ، مَا^(١٧) لَمْ تَتَثَقَّلْ عَنْهُ . وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ انْتِقَالِهَا إِلَى الثَّانِيَةِ ، اِعْتَدْتُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا مَسْكُنُهَا ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ قَدْ ثَقَلَتْ مَتَاعُهَا ، أَوْ لَمْ تَثْقُلْهُ . وَإِنْ مَاتَ وَهِيَ بَيْنَهُمَا ، فَهِيَ مُخَيَّرَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لَا مَسْكَنَ لَهَا مِنْهُمَا ، فَإِنَّ الْأَوَّلَى قَدْ خَرَجَتْ عَنْهَا مُتَثَقِّلَةً ، فَخَرَجَتْ عَنْ كَوْنِهَا مَسْكِنًا لَهَا ، وَالثَّانِيَةُ لَمْ تَسْكُنْ بِهَا ، فَهِيَ سَوَاءٌ . وَقِيلَ : يَلْزَمُهَا الْاِعْتِدَادُ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهَا الْمَسْكَنُ الَّذِي أُذِنَ لَهَا زَوْجُهَا فِي السُّكْنَى بِهِ . وَهَذَا يُمَكِّنُ فِي الدَّائِرَتَيْنِ ، فَأَمَّا إِذَا كَانَا بِلَدَيْنِ ، لَمْ يَلْزَمْهَا الْإِتْقَالُ إِلَى الْبَلَدِ الثَّانِي بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ تَتَثَقَّلُ لِعَرَضِ زَوْجِهَا فِي صُحْبَتِهَا إِيَّاهُ ، وَإِقَامَتِهَا مَعَهُ ، فَلَوْ زَمَّتْهَا ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، لَكَلَّفْنَاهَا السَّفَرَ الشَّاقَّ ، وَالتَّعَرُّبَ عَنْ وَطَنِهَا وَأَهْلِهَا ، وَالْمَقَامَ مَعَ غَيْرِ مَحَرِّمِهَا ، وَالْمُخَاطَرَةَ بِنَفْسِهَا ، مَعَ فَوَاتِ الْعَرَضِ ، وَظَاهَرَ حَالِ الزَّوْجِ أَنَّهُ لَوْ عَلِمَ أَنَّهُ يَمُوتُ ، لَمَا

(١٥) فِي ١ : وَلَمْ .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

نَقَلَهَا ، فصارت الحَيَاةَ مَشْرُوطَةً فِي الثَّقَلَةِ . فَأَمَّا إِنْ انْتَقَلَتْ إِلَى الثَّانِيَةِ ، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الْأُولَى لِتَقْبَلْ مَتَاعَهَا ، فَمَاتَ زَوْجُهَا وَهِيَ بِهَا ، فَعَلِمَهَا الرُّجُوعُ إِلَى الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مَسْكَنَتَهَا بِانْتِقَالِهَا إِلَيْهَا ، وَإِنَّمَا عَادَتْ إِلَى الْأُولَى لِحَاجَةِ ، وَالْإِغْتِبَارِ بِمَسْكَنَتِهَا دُونَ مَوْضِعِهَا . وَإِنْ مَاتَ وَهِيَ فِي الثَّانِيَةِ ، فَقَالَتْ : / أَذِنَ لِي زَوْجِي فِي السُّكْنَى بِهَذَا الْمَكَانِ . وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الْوَرِثَةُ ، أَوْ قَالَتْ : إِنَّمَا أَذِنَ لِي زَوْجِي فِي الْمَجِيءِ إِلَيْهِ ، لَا فِي الْإِقَامَةِ بِهِ . وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الْوَرِثَةُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّهَا أَعْرَفَ بِذَلِكَ مِنْهُمْ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : يَلْزَمُهَا السَّفَرُ عَنْ بَلَدِهَا . فَهُوَ مَشْرُوطٌ بِوُجُودِ مَحَرِّمِهَا مُسَافِرًا مَعَهَا ، وَالْأَمْنِ عَلَى نَفْسِهَا ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أَنْ تُسَافِرَ مَسِيرَةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ ، إِلَّا مَعَ ذِي مَحَرَمٍ مِنْ أَهْلِهَا » (١٨) . أَوْ كَمَا قَالَ .

١٣٦٦ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا طَلَّقَهَا زَوْجُهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا وَهِيَ نَائٍ عَنْهَا ، فَعِدَّتُهَا مِنْ يَوْمِ مَاتَ أَوْ طَلَّقَ ، إِذَا صَحَّ ذَلِكَ عَنْهَا ، وَإِنْ لَمْ تَحْتَبِ مَا تَحْتَبِهُ الْمُعْتَدَةُ)

هَذَا (١٩) الْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ ، وَأَنَّهُ مَتَى مَاتَ زَوْجُهَا أَوْ طَلَّقَهَا ، فَعِدَّتُهَا مِنْ يَوْمِ مَوْتِهِ وَطَلَّاقِهِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا خِلَافَ عَنْ أَبِي عُبَيْدٍ اللَّهِ أَعْلَمُهُ ، أَنَّ الْعِدَّةَ تَجِبُ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ وَالطَّلَاقِ ، إِلَّا مَا رَوَاهُ إِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ عَمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَمُسْرُوقٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَابْنِ مَيْمُونٍ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، وَعِكْرِمَةَ ، وَطَاوُسٍ ، وَسُلَيْمَانَ بْنَ سَلَارٍ ، وَأَبِي قَلَابَةَ ، وَأَبِي الْعَالِيَةِ ، وَالتَّحْمِيَّ ، وَنَافِعٍ ، وَمَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيَّ ، وَالشَّافِعِيَّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابَ الرَّأْيِ . وَعَنْ أَحْمَدَ : إِنْ قَامَتْ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ ، فَكَمَا ذَكَرْنَا (٢٠) . وَالْأَعْدَةُ مِنْ

(١٨) تقدم شرحه في ١٠٩/٣ .

(١٩) في إنبادة : ٥ هو .

(٢٠) في ١٠٩ م : ٥ ذكره .

يوم يَأْتِيهَا الْخَبَرُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ مَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَعَمَرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ . وَيُرْوَى عَنْ عَلِيٍّ ، وَالْحَسَنِ ، وَقَتَادَةَ ، وَعَطَاءِ الْخُرَاسَانِيِّ ، وَخَلَّاسِ بْنِ عَمْرٍو ، أَنَّ عِدَّتَهَا مِنْ يَوْمِ يَأْتِيهَا الْخَبَرُ ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ اجْتِنَابُ أَشْيَاءَ ، وَمَا^(٣) اجْتَنَبَتْهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ حَامِلًا ، فَوَضَعَتْ حَمْلَهَا غَيْرَ عَالِمَةٍ بِفُرْقَةِ زَوْجِهَا ، لَأَنْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، فَكَذَلِكَ سَائِرُ أَنْوَاعِ الْعِدَّةِ ، وَلِأَنَّهُ زَمَانٌ عَقِيبُ الْمَوْتِ أَوْ الطَّلَاقِ ؛ فَوَجِبَ أَنْ تُعْتَدَّ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ حَاضِرًا ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ غَيْرَ مُعْتَبَرٍ فِي الْعِدَّةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الصَّغِيرَةَ وَالْمَجْنُونَةَ تَنْقُضِي عِدَّتَهُمَا مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ ، وَلَمْ يُعَدِّمْ هُنَا إِلَّا^(٤) الْقَصْدَ ، وَسَوَاءٌ فِي هَذَا اجْتَنَبَتْ مَا تَجْتَنِبُهُ الْمُعْتَدَاتُ ، أَوْ لَمْ تَجْتَنِبْهُ ، فَإِنَّ الْإِحْدَادَ الْوَاجِبَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْعِدَّةِ ، فَلَوْ تَرَكْتَهُ قَصْدًا ، أَوْ عَنْ غَيْرِ قَصْدٍ ، لَأَنْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾^(٥) . وَقَالَ : ﴿ فَعِدَّتُهُنَّ / ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾^(٦) . وَقَالَ : ﴿ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾^(٧) . وَفِي اشْتِرَاطِ الْإِحْدَادِ مُخَالَفَةٌ هَذِهِ النُّصُوصِ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يُشْتَرَطَ .

١٦٧/٨

(٣) سقطت « ما » من الأصل .

(٤) في الأصل : « غير » .

(٥) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٦) سورة الطلاق ٤ .

كتاب الرضاع

الأصل في التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ وَأُمَّهُنَّ أَلْفَىٰ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوْنَكُمْ مِّنَ الرُّضْعَةِ ﴾ ^(١) . ذكرهم ^(٢) الله سبحانه في جُمْلَةِ الْمُحَرَّمَاتِ . وأما السنة ، فما رَوَتْ عائشة ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنْ الرُّضَاعَةُ تُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الْوِلَادَةُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وفي لفظ : « يَحَرِّمُ مِنَ الرُّضَاعِ مَا يَحَرِّمُ مِنَ النَّسَبِ » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ^(٤) . وعن ابن عباس ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي بَنَاتِ حَمْزَةَ : « لَا تَحِلُّ لِي ، يَحَرِّمُ مِنَ الرُّضَاعِ مَا يَحَرِّمُ مِنَ النَّسَبِ ، وَهِيَ ابْنَةُ أَخِي مِنَ الرُّضَاعَةِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥) . في أخبار كثيرة ، نُذَكِّرُ أَكْثَرَهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فِي تَضَاعِيفِ الْبَابِ . وَاجْتَمَعَ عُلَمَاءُ الْأُمَّةِ عَلَى التَّحْرِيمِ بِالرُّضَاعِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنْ تَحَرَّمَ الْأُمُّ وَالْأَخْتُ ثَبَتَ بَنَصُّ الْكِتَابِ ، وَتَحَرَّمَ الْبِنْتُ ثَبَتَ بِالتَّشْبِيهِ ، فَإِنَّهُ إِذَا حُرِّمَتْ الْأَخْتُ فَالْبِنْتُ أَوْلَى ، وَسَائِرُ الْمُحَرَّمَاتِ ثَبَتَ تَحْرِيمُهُنَّ بِالسَّنَةِ . وَثَبَتَ الْمَحْرَمَةُ ، لِأَنَّهَا فَرَعٌ عَلَى التَّحْرِيمِ إِذَا كَانَ بِسَبَبِ مُبَاحٍ ، فَأَمَّا بَقِيَّةُ أَحْكَامِ النَّسَبِ ؛ مِنْ النِّفَاقَةِ ، وَالْعَتَقِ ، وَرَدِّ الشَّهَادَةِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ أَقْوَى مِنْهُ ، فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ ، وَإِنَّمَا يُشَبَّهُ بِهِ فِيمَا نَصَّ عَلَيْهِ فِيهِ .

١٣٦٧ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رحمه الله : (وَالرُّضَاعُ الَّذِي لَا يُشْكِلُ فِي تَحْرِيمِهِ ، أَنْ يَكُونَ حَمْسَ رَضَعَاتٍ فَصَاعِدًا)

(١) سورة النساء ٢٣ .

(٢) في ١ ، ب ، م ، د : ذكرهما .

(٣) تقدم الصريح ، في : ٥١٣/٩ ، ٥١٩ ، ٥٢٠ .

في هذه المسألة مسألتان :

إحداهما ، أن الذي يتعلّق به التحريمُ خمسُ رضعاتٍ فصاعداً . هذا الصحيحُ في المذهب . وروى هذا عن عائشة ، وابن مسعود ، وابن الزبير ، وعطاء ، وطاوس . وهو قولُ الشافعي . وعن أحمد رواية ثانية^(١) ، أن قليلَ الرضاع وكثيره يُحرّم . وروى^(٢) ذلك عن عليّ ، وابن عباس . وبه قال سعيد بن المسيّب ، والحسن ، ومكحول ، والزهرى ، وقنادة ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والأوزاعي ، والثوري ، والليث ، وأصحاب الرأي . وزعم / الليث أن المسلمين أجمعوا على أن قليلَ الرضاع وكثيره يُحرّم في المَهْدِ ما يُفطرُ به الصائم . واحتجوا بقول الله تعالى : ﴿ وَأُمَهُنَّكُمْ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوْنَكُمْ مِنَ الرُّضْعَةِ ﴾^(٣) . وقوله عليه السلام : « يَحْرُمُ مِنَ الرُّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » . وعن عُقبة بن الحارث ، أنه تزوّج أمَّ يحيى بنتَ أبي إهاب ، فجاءت أمةً سوداءً ، فقالت : قد أَرْضَعْتُكُمْ . فذكرت ذلك للنبي ﷺ ، فقال : « كَيْفَ ، وَقَدْ زَعَمْتَ أَنْ قَدْ أَرْضَعْتُكُمْ ! » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) . « وَلأنَّ ذلك^(٥) فَعَلَ بِتَعَلُّقٍ بِهِ تَحْرِيمٌ مُؤَبَّدٌ ، فلم يُعْتَبَرِ فِيهِ الْعَدْدُ ، كتحريمِ أُمّهاتِ النِّسَاءِ ، ولا يُلْزَمُ اللَّعَانُ ؛ لَأَنَّهُ قَوْلٌ . والرواية الثالثة^(٦) ، لا يَثْبُتُ التحريمُ إِلَّا بثلاثِ رَضَعَاتٍ . وبه قال أبو ثور ، وأبو عبيد ،

(١) في ١ : أخرى .

(٢) في ب : وروى .

(٣) سورة النساء ٢٣ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب تفسير المشبهات ، من كتاب البيوع ، وفي : باب شهادة المرضعة ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧٠/٣ ، ١٣/٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في شهادة المرأة الواحدة في الرضاع ، من كتاب الرضاع . عارضة الأخوذي ٩٤/٥ . والنسائي ، في : باب الشهادة في الرضاع ، من كتاب النكاح . المجتبى ٩٠/٦ . والدارمي ، في : باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٨/٢ ، ١٥٩ . وإلتهام أحمد ، في : للمسنَد ٧/٤ ، ٨ ، ٣٨٤ .

وقد ذكر المؤلف أنه متفق عليه ، ولكن عقبه بن الحارث من أفراد البخاري ، ولم يخرج له مسلم . انظر : الجمع بين رجال الصحيحين ٣٨١/١ ، والإرواء ٢٢٥/٧ .

(٥-٥) في ١ ، ب : ولأنه .

(٦) في : الأصل ، م : الثانية .

وداود، وابن المنذر؛ لقول النبي ﷺ: «لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ وَلَا الْمَصْتَانِ». وعن أم الفضل بنت الحارث، قالت: قال نبي الله ﷺ: «لَا تُحَرِّمُ إِلَّا مَلَاجَةً^(٧) وَلَا إِمْلَاجَتَانِ». رواهما مسلم^(٨). ولأن ما يُعْتَبَرُ فِيهِ الْعَدَدُ وَالتَّكْرَارُ، يَعتبرُ فِيهِ الثَّلَاثُ. وَرَوَى عَنْ حَفْصَةَ: لَا يُحَرِّمُ دُونَ عَشْرِ رَضَعَاتٍ^(٩). وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَائِشَةَ^(١٠)؛ لِأَنَّ عُرْوَةَ رَوَى فِي حَدِيثٍ سَهْلَةَ بِنْتُ سُهَيْلٍ: فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فِيمَا بَلَّغْنَا: أَرْضِعِيهِ عَشْرَ رَضَعَاتٍ، فَيُحَرِّمُ بَلَيْنَهَا». وَوَجْهٌ^(١١) الْأَوَّلَى، مَا رَوَى عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّهَا قَالَتْ: أُنْزِلَ فِي الْقُرْآنِ «عَشْرَ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ»^(١٢). فَتَسَيَّعَ مِنْ ذَلِكَ خَمْسٌ، وَصَارَ لِي خَمْسُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ، فَتَوَفَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالْأَمْرُ عَلَى ذَلِكَ. رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(١٣).

(٧) الإملاجة: المصة.

(٨) في: باب في المصة والمصتان، من كتاب الرضاع. صحيح مسلم ١٠٧٣/٢ - ١٠٧٥. كما أخرجهما الترمذي، في: باب القدر الذي يهرم من الرضاعة، من كتاب النكاح. المجتبى ٨٣/٦. والدارمي، في: باب كم رضعة تحرم، من كتاب النكاح. سنن الدارمي ١٥٧/٢.

وأخرج الأول أبو داود، في: باب هل يهرم ما دون خمس رضعات، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ٤٧٦/١. والترمذي، في: باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان، من كتاب الرضاع. عارضة الأحوذى ٩٠/٥ - ٩٢. وابن ماجه، في: باب لا تحرم المصة ولا المصتان، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦٢٤/١. والإمام أحمد، في: المسند ٤/٤، ٥، ٣١/٦، ٩٦، ٢٤٧.

وأخرج الثاني الإمام أحمد، في: المسند ٣٣٩/٦، ٣٤٠.

(٩) أخرجه البيهقي، في: باب من قال: لا يهرم من الرضاع إلا خمس رضعات، من كتاب الرضاع. السنن الكبرى ٤٥٧/٧. وعبد الرزاق، في: باب القليل من الرضاع، من كتاب الطلاق. المصنف ٤٧٠/٧.

(١٠) لم نجد هذا اللفظ: «عشر رضعات». وانظر ما يأتي من تخریج حديث عائشة عند الإمام مالك.

(١١) في الأصل، ب، م؛ وجه.

(١٢) سقط من: ب.

(١٣) في: باب التحريم بخمس رضعات، من كتاب الرضاع. صحيح مسلم ١٠٧٥/٢.

كما أخرجه أبو داود، في: باب هل تحرم ما دون خمس رضعات، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ٤٧٦/١. والترمذي، في: باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان، من كتاب الرضاع. عارضة الأحوذى ٩٢/٥. وابن ماجه، في: باب لا تحرم المصة ولا المصتان، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦٢٥/١. والدارمي، في: باب كم رضعة تحرم، من كتاب النكاح. سنن الدارمي ١٥٧/٢. والإمام مالك، في: باب جامع ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان، من كتاب الرضاع. الموطأ ٦٠٨/٢.

وَرَوَى مَالِكٌ ^(١١) ، ^(١٢) عَنِ الرَّهْزِيِّ ^(١٣) ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ ، عَنْ سَهْلَةَ بِنْتِ سَهْلٍ : « أَرْضِعِي سَالِمًا خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، فَيَحْرُمُ بَلَنُهَا » . وَالْآيَةُ فَسَّرْتُهَا السُّنَّةُ ، وَبَيَّنَّتِ الرُّضَاعَةُ الْمُحْرَمَةَ ، وَصَرِيحُ مَا رَوَيْنَاهُ يَخُصُّ مَفْهُومَ مَا رَوَوْهُ ، فَتَجَمُّعُ بَيْنِ الْأَخْبَارِ ، وَتَحْمِيلُهَا عَلَى الصَّرِيحِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ .

فصل : وَإِذَا وَقَعَ الشُّكُّ فِي وُجُودِ الرُّضَاعِ ، أَوْ فِي عَدَدِ الرُّضَاعِ الْمُحْرَمِ ، هَلْ كَمَلًا أَوْ لَا ؟ لَمْ يَثْبُتِ التَّحْرِيمُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ ، فَلَا نَزُولُ عَنِ الْيَقِينِ بِالشُّكِّ ، كَالْوُجُودِ فِي وُجُودِ الطَّلَاقِ أَوْ عَدَدِهِ ^(١٤) .

المسألة الثانية : أَنْ تَكُونَ الرُّضَعَاتُ مُتَفَرِّقَاتٍ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَالْمَرْجِعُ فِي مَعْرِفَةِ / الرُّضْعَةِ إِلَى الْعُرْفِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَّ بِهَا مُطْلَقًا ، وَلَمْ يَحُدِّثْهَا بِزَمَنٍ وَلَا بِمِقْدَارٍ ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ رَدُّهُمْ إِلَى الْعُرْفِ ، فَإِذَا ارْتَضَعَ الصَّبِيُّ ، وَقَطَعَ قَطْعًا بَيْنًا بِاخْتِيَارِهِ ، كَانَ ذَلِكَ رَضْعَةً ، فَإِذَا عَادَ ، كَانَتْ رَضْعَةً أُخْرَى . فَأَمَّا إِنْ قَطَعَ لَضِيْقِ نَفْسٍ ، أَوْ لِلْإِثْقَالِ مِنْ ثَدْيٍ إِلَى ثَدْيٍ ، أَوْ لَشَيْءٍ يَنْهِيهِ ، أَوْ قَطَعَتْ عَلَيْهِ الْمُرْضِعَةُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ لَمْ يَعُدَّ قَرِيبًا فَهِيَ رَضْعَةٌ ، وَإِنْ عَادَ فِي الْحَالِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْأُولَى رَضْعَةٌ ، فَإِذَا عَادَ فَهِيَ رَضْعَةٌ أُخْرَى . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : أَمَّا تَرَى الصَّبِيَّ يَرْضَعُ مِنَ الثَّدْيِ ، فَإِذَا أَذْرَكَ النَّفْسُ أَمْسَكَ عَنِ الثَّدْيِ لِيَتَنَفَّسَ أَوْ يَسْتَرِيحَ ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ فَهِيَ رَضْعَةٌ . وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأُولَى رَضْعَةٌ لَوْ لَمْ يَعُدَّ ، فَكَانَتْ رَضْعَةً وَإِنْ عَادَ ، كَالْوُجُودِ فِي وُجُودِ الطَّلَاقِ . وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، أَنَّ جَمِيعَ ذَلِكَ رَضْعَةٌ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا فِيمَا إِذَا قَطَعَتْ عَلَيْهِ الْمُرْضِعَةُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ خَلَفَ : لَا أَكَلْتُ الْيَوْمَ إِلَّا أَكَلَةً وَاحِدَةً . فَاسْتَدَامَ الْأَكْلَ زَمَنًا ، أَوْ قَطَعَ لِشُرْبِ مَاءٍ ^(١٥) أَوْ لِيُقَالِ

(١٤) تقدم تحريمه في : ٤٩٢/٩ .

(١٥-١٥) في ١ ، م ، ٥ : وَالزَّهْرِيُّ .

(١٦) في الأصل ، م ، ٥ : وَعَدَدُهُ .

(١٧) في ب ، م ، ٥ : الْمَاءُ .

من لَوْنٍ إلى لَوْنٍ ، أو اِنتِظَارٍ لما يُحْمَلُ إليه من الطَّعامِ ، لم يُعَدَّ إِلَّا أَكْلَةً واحدةً ، فكذا هُنَا . والأَوَّلُ أَوَّلِي^(١٨) ؛ لِأَنَّ التَّسْيِيرَ مِنَ السَّعُوطِ وَالْوَجُورِ رَضْعَةً ، فكذا هَذَا^(١٩) .

١٣٦٨ - مسألة ، قال : (وَالسَّعُوطُ كَالرَّضَاعِ ، وَكَذَلِكَ الْوَجُورُ)

معنى السَّعُوطُ : أَنْ يُصَبَّ اللَّبَنُ فِي أَنْفِهِ مِنْ إِنْثَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ . وَالْوَجُورُ : أَنْ يُصَبَّ فِي حَلْقِهِ صَبًّا مِنْ^(٢٠) غَيْرِ الثَّدْيِ . وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِي التَّحْرِيمِ بَعَا ، فَأَصَحُّ الرَّوَايَتَيْنِ أَنَّ التَّحْرِيمَ يَثْبُتُ بِذَلِكَ ، كَمَا يَثْبُتُ بِالرَّضَاعِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالتَّوْرِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْوَجُورِ . وَالثَّانِيَّةُ ، لَا يَثْبُتُ بَعَا التَّحْرِيمُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَمَذْهَبُ دَاوُدَ ، وَقَوْلُ عَطَاءِ الْخِرَاسَانِيِّ فِي السَّعُوطِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِرَّضَاعٍ ، وَإِنَّمَا حَرَّمَ اللَّهُ تَعَالَى وَرَسُولُهُ بِالرَّضَاعِ ، وَلَئِنَّهُ حَصَلَ مِنْ غَيْرِ ارْتِضَاعٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَخَلَ مِنْ جُرْجٍ فِي بَدَنِهِ . وَأَمَّا مَا رَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا رَضَاعَ إِلَّا مَا أُثَشِّرَ الْعَظْمُ ، وَاتَّبَثَ اللَّحْمُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٢١) . وَلِأَنَّ هَذَا يَصِلُ إِلَى اللَّبَنِ إِلَى حَيْثُ يَصِلُ بِالِارْتِضَاعِ ،^(٢٢) وَيَخْصُلُ بِهِ مِنْ إِبَاتِ اللَّحْمِ وَإِثْشَارِ الْعَظْمِ مَا يَخْصُلُ مِنَ الْارْتِضَاعِ ، فَيَجِبُ أَنْ يُسَاوِيَهُ فِي التَّحْرِيمِ ، / وَالْأَنْفُ سَبِيلٌ^(٢٣) لِفِطْرِ الصَّائِمِ . فَكَانَ سَبِيلًا لِلتَّحْرِيمِ ، كَالرَّضَاعِ بِالْقَمِ .

١٦٨/٨ ط

فصل : وَإِنَّمَا يُحَرَّمُ مِنْ ذَلِكَ مِثْلُ الَّذِي يُحَرَّمُ بِالرَّضَاعِ ، وَهُوَ خَمْسٌ فِي الرَّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ ، فَإِنَّهُ فَرَعَ عَلَى الرَّضَاعِ ، فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ ، فَإِنْ ارْتَضَعَ وَكَمَّلَ الْخَمْسَ سَعُوطٍ

(١٨) ق م : « أصبح » .

(١٩) ق ب : « هاهنا » .

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) ق : باب في رضاء الكبر ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٥/١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٣٢/١ .

(٢٢) (٣-٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٣) (٤-٤) ق م : « الفطر للصائم » .

أو وجور ، أو استعط^(٥) أو أوجر^(٦) ، وكَمَلَ الحَمْسَ بِرَضَاعٍ ، ثَبَتَ التَّحْرِيمُ ، لِأَنَّا
 جعلناه كالرَضَاعِ في أَصْلِ التَّحْرِيمِ ، فَكَذَلِكَ فِي إِكْمَالِ الْعَدَدِ ، وَلَوْ حَلَبَتْ فِي إِنَاءٍ دَفْعَةً
 واحدةً ، ثُمَّ سَقَتْهُ غَلَامًا فِي خَمْسَةِ أَوقَاتٍ ، فَهُوَ خَمْسُ رَضَعَاتٍ ، فَإِنَّهُ لَوْ أَكَلَ مِنْ طَعَامِ
 خَمْسِ دَفْعَاتٍ^(٧) مُتَفَرِّقَاتٍ ، لَكَانَ قَدْ أَكَلَ خَمْسَ أَكْلَاتٍ . وَإِنْ حَلَبَتْ فِي إِنَاءٍ
 خَمْسَ^(٨) حَلَبَاتٍ فِي خَمْسَةِ أَوقَاتٍ ، ثُمَّ سَقَيْهِ دَفْعَةً واحدةً ، كَانَ^(٩) رَضْعَةً واحدةً ، كَمَا
 لَوْ جُعِلَ الطَّعَامُ فِي إِنَاءٍ وَاحِدٍ فِي خَمْسَةِ أَوقَاتٍ ، ثُمَّ أَكَلَهُ دَفْعَةً واحدةً ، كَانَ أَكْلَةً واحدةً .
 وَحَكِيٌّ عَنِ الشَّافِعِيِّ قَوْلُ فِي الصُّورَيْنِ عَكْسُ مَا قُلْنَا^(١٠) اِغْتِبَارًا^(١١) الْخُرُوجَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ
 الْاِغْتِبَارَ^(١٢) بِالرِّضَاعِ^(١٣) ، وَالْوَجُورُ قَرَعُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْاِغْتِبَارَ بِشَرْبِ الصَّبِيِّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ
 الْمُحَرَّمُ ، وَلِهَذَا ثَبَتَ التَّحْرِيمُ بِهِ مِنْ غَيْرِ رَضَاعٍ ، وَلَوْ ارْتَضَعَ بِحَيْثُ يَصِلُ إِلَى فِيهِ ، ثُمَّ
 مَجَّهُ ، لَمْ يَثْبُتِ التَّحْرِيمُ ، فَكَانَ الْاِغْتِبَارُ بِهِ ، وَمَا وَجَدَ مِنْهُ إِلَّا دَفْعَةً واحدةً ، فَكَانَ رَضْعَةً
 واحدةً ، وَإِنْ سَقَتْهُ فِي أَوقَاتٍ ، فَقَدْ وَجَدَ فِي خَمْسَةِ أَوقَاتٍ ، فَكَانَ خَمْسَ رَضَعَاتٍ ،
 فَأَمَّا إِنْ سَقَتْهُ اللَّبَنَ الْمَجْمُوعَ جَرْعَةً بَعْدَ جَرْعَةٍ مُتَابَعَةً ، فَظَاهِرُ قَوْلِ^(١٤) الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ رَضْعَةٌ
 واحدةً ؛ لِاِغْتِبَارِهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، وَلِأَنَّ الْمَرْجِعَ فِي الرُّضْعَةِ إِلَى الْعُرْفِ ،
 وَهُمْ لَا يُعَدُّونَ هَذَا رَضَعَاتٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَكَلَ الْآكِلُ الطَّعَامَ لُقْمَةً بَعْدَ لُقْمَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يُعَدُّ
 أَكْلَاتٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُخْرَجَ عَلَى مَا إِذَا قَطَعَتْ عَلَيْهِ الْمُرْضِيعَةُ الرُّضَاعَ ، عَلَى مَا قَدَّمْنَا .

فصل : وَإِنْ عَمِلَ اللَّبَنُ جُبْنًا ثُمَّ أَطْعَمَهُ الصَّبِيُّ ، ثَبَتَ بِهِ التَّحْرِيمُ . وَهَذَا قَالَ

(٥) في م : استعط .

(٦) في الأصل : ووجر .

(٧) في م : أَكْلَاتٍ .

(٨) سقط من : م .

(٩) في ب زيادة : أَكَلَهُ .

(١٠) في أ : قلناه .

(١١-١٢) سقط من : م .

(١٣) في م : بالرضاع .

(١٤) في الأصل : كلام .

الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يُحَرَّمُ به ؛ لزوال الاسم . وكذلك على الرواية التي تقول : لا يثبت التحريم بالرجور . لا يثبت ههنا بطريق الأولى . ولنا^(١) ، أنه واصل من الخلق ، يحصل به إثبات اللحم وإنشاز العظم ، فحصل به التحريم ، كما لو شره .

فصل : فأما الحقنة ، فقال أبو الخطاب : المنصوص عن أحمد ؛ أنها لا تحرم . وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك . وقال ابن حامد ، وابن أبي موسى : تحرم . وهذا مذهب الشافعي ؛ / لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر ، فتعلق به التحريم ، كالرضاع . ولنا ، أن هذا ليس برضاع ، ولا يحصل به التغذي ، فلم ينشأ الحرمة ، كما لو قطر في إخليله ، ولأنه ليس برضاع ، ولا في معناه ، فلم يجز إثبات حكمه فيه ، وفارق فطر الصائم ، فإنه لا يعتبر فيه إثبات اللحم ، ولا إنشاز العظم ، وهذا لا يحرم فيه إلا ما أثبت اللحم وأنشز العظم ، ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير الخلق ، أشبه ما لو وصل من جرج .

١٦٩/٨

١٣٦٩ - مسألة : قال : (واللبن المشوب كالمحضر)

المشوب : المختلط بغيره . والمحض : الخالص الذي لا يخالطه سواه . وسوى الخرقى بينهما ، سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره^(١) . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو بكر : قياس قول أحمد ، أنه لا يحرم ؛ لأنه رجور . وحكى عن ابن حامد^(٢) أنه قال : (١) إن كان الغالب اللبن حرم ، وإلا فلا . وهو قول أبي ثور ، والمزني ؛ لأن الحكم للأغلب ، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به . ونحو هذا قول أصحاب الرأي ، وزادوا ، فقالوا : إن كانت النار قد مسّت اللبن حتى اتّصفت بالطعام ، أو حتى تغير ، فليس برضاع . ووجه الأولى ، أن اللبن متى كان ظاهراً ، فقد حصل شره ، ويحصل

(١٤) في ب : قلنا .

(١) في الأصل : بغيره .

(٢-٢) - مقط من الأصل : ب .

منه إثبات اللحم وإنشأ العظم ، فحرم ، كما لو كان غائبا ، وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية ، فأما إن صب في ماء كثير لم يتغير به ، لم يثبت به التحريم ؛ لأن هذا ليس بلبن مشوب ، ولا يخلص به التغذي ، ولا إثبات اللحم ولا إنشأ العظم . وحكى عن القاضي ، أن التحريم يثبت به . وهو قول الشافعي ؛ لأن أجزاء اللبن حصلت في بطنه ^(٣) ، فأشبه ما لو كان لونه ظاهرا . ولنا ، أن هذا ليس برضاع ، ولا في معناه ، فوجب أن لا يثبت حكمه فيه .

فصل : وإن حلب من نسوة ، وسقته الصبي ، فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن ؛ لأنه لو شيب بماء أو غسل ، لم يخرج عن كونه رضاعا محرما ، فكذلك إذا شيب بلبن آخر .

١٣٧٠ - مسألة : قال : (**وَيُحَرِّمُ لَبْنُ الْمَيْتَةِ ، كَمَا يُحَرِّمُ لَبْنُ الْحَيَّةِ ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ لَا يَمُوتُ**)

المنصوص عن أحمد ، في رواية إبراهيم الخريزي ، أنه ينشر الحرمة . وهو اختيار أبي بكر . وهو قول أبي ثور ، والأوزاعي ، وابن القاسم ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وقال الخلال : لا ينشر الحرمة . وتوقف عنه / أحمد ، في رواية مهنأ . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه لبن ممن ليس بمحل للولادة ، فلم يتعلق به التحريم . كلبن الرجل . ولنا ، أنه وجد الارتضاع ، على وجه يثبت اللحم وينشأ العظم ، من امرأة ، فثبت التحريم ، كما لو كانت حية ، ولأنه لا فارق بين شربه في حياتها وموتها إلا الحياة والموت أو التجاسة ، وهذا لا أثر له ، فإن اللبن لا يموت ، والتجاسة لا تمنع ، كما لو حلب في وعاء نجس ، ولأنه لو حلب منها في حياتها ، فشربه بعد موتها ، لنشر الحرمة ، وتفاوت في تذييلها لا يمنع ثبوت الحرمة ؛ لأن تذييلها لا يزيد على الإناء في عدم الحياة ، وهي لا تزيد على عظم الميتة في ثبوت التجاسة .

(٣) في ١ : جوفه .

فصل : ولو حَبَلَتِ الْمَرْأَةُ لَبَنَتَهَا فِي إِنَاءٍ ، ثُمَّ مَاتَتْ ، فَشَرِبَهُ صَبِيٌّ ، نَشَرَ الْحُرْمَةَ . فِي قَوْلِ كُلِّ مَنْ جَعَلَ الْوَجُورَ مُحَرَّمًا . وَهَذَا قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَغَيْرُهُمْ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَبَنُ امْرَأَةٍ فِي حَيَاتِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ شَرِبَهُ وَهِيَ فِي الْحَيَاةِ .

١٣٧١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا حَبَلَتْ ^(١) مِمَّنْ يَلْحَقُ نَسَبُ وَلَدِهَا بِهِ ، فَطَابَ لَهَا لَبَنٌ ، فَأَرْضَعَتْ بِهِ طِفْلًا خَمْسَ رَضَاعَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، فِي حَوْلَيْنِ ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ ، وَنَائِلَاتُهَا مِنْ أَبِي هَذَا الْحَمْلِ ، وَمِنْ غَيْرِهِ ، وَتَنَاتِ أَبِي هَذَا الْحَمْلِ مِنْهَا وَمِنْ غَيْرِهَا . وَإِنْ أَرْضَعَتْ صَبِيَّةً ، فَقَدْ صَارَتْ ابْنَةً لَهَا ، وَلِزَوْجِهَا ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ مِنَ الْحَمْلِ الْبَدِي هُوَ مِنْهُ)

وجملة ذلك أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا حَمَلَتْ مِنْ رَجُلٍ ، وَتَابَ لَهَا لَبَنٌ ، فَأَرْضَعَتْ بِهِ طِفْلًا رَضَاعًا مُحَرَّمًا ، صَارَ الطِّفْلُ الْمُرْتَضِعُ ابْنًا لِلْمَرْضِعَةِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ ، وَصَارَ أَيْضًا ابْنًا لِمَنْ يَنْسَبُ الْحَمْلُ إِلَيْهِ ، فَصَارَ فِي التَّحْرِيمِ وَإِبَاحَةِ الْخُلُوةِ وَلِذَا ^(٢) لَهَا ، وَأَوْلَادُهُ مِنَ الْبَيْنِ وَالْبَنَاتِ أَوْلَادُ أَوْلَادِهَا ، وَإِنْ تَزَلَّتْ دَرَجَتُهُمْ ، وَجَمِيعُ أَوْلَادِ الْمَرْضِعَةِ مِنْ زَوْجِهَا وَمِنْ غَيْرِهِ ، وَجَمِيعُ أَوْلَادِ الرَّجُلِ الَّذِي انْتَسَبَ الْحَمْلُ إِلَيْهِ مِنَ الْمَرْضِعَةِ وَمِنْ غَيْرِهَا ، إِخْوَةٌ الْمُرْتَضِعِ ، وَأَخَوَاتِهِ ، وَأَوْلَادُ أَوْلَادِهَا ^(٣) أَوْلَادُ إِخْوَتِهِ وَأَخَوَاتِهِ ، وَإِنْ تَزَلَّتْ دَرَجَتُهُمْ ، وَأُمُّ الْمَرْضِعَةِ جَدُّهُ وَأَبُوهَا جَدُّهُ ، وَإِخْوَتُهَا أَخْوَالُهَا ، وَأَخَوَاتُهَا خَالَاتُهَا ، وَأَبُو الرَّجُلِ جَدُّهُ ، وَأُمُّ جَدُّهُ ، وَإِخْوَتُهُ أَعْمَامُهُ ، وَأَخَوَاتُهُ عَمَّاتُهُ ، وَجَمِيعُ أَقَارِبِهِمَا يَنْسَبُونَ ^(٤) إِلَى الْمُرْتَضِعِ كَمَا يَنْسَبُونَ ^(٥) إِلَى وَلَدِهَا مِنَ النَّسَبِ ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ ثَابِتٌ لِلْمَرْأَةِ مَخْلُوقٌ مِنْ مَاءِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ، فَتَشَرُّ التَّحْرِيمِ إِلَيْهِمَا ، وَتَشَرُّ الْحُرْمَةِ إِلَى الرَّجُلِ وَإِلَى أَقَارِبِهِ ، وَهِيَ الَّتِي

(١) فِي ب : حَبَلَتْ . وَ فِي م : حَمَلَتْ .

(٢) فِي أ ، م : ابْنًا .

(٣) فِي أ ، ب ، م : أَوْلَادُهَا .

(٤) فِي أ ، ب ، م : يَنْسَبُونَ .

١٧٠/٨ يُسَمَّى لَيْنَ الْفَعْلِ . وفي التَّحْرِيمِ به اختلاف ، / ذَكَرْنَاهُ فِي بَابِ مَا يَحْرُمُ نِكَاحُهُ ^(٥) ،
وَالْجَمْعُ بَيْنَهُ ، وَالْحُجَّةُ الْقَاطِعَةُ فِيهِ ، مَا رَوَتْ عَائِشَةُ ، أَنَّ أَفْلَحَ أَخَا أُمِّ الْقُعَيْسِ ، اسْتَأْذَنَ
عَلِيَّ بَعْدَمَا أَنْزَلَ الْحِجَابَ ، فَقُلْتُ : وَاللَّهِ لَا آذَنُ لَهُ حَتَّى اسْتَأْذِنَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ،
^(٦) فَإِنْ أَخَا أُمِّ الْقُعَيْسِ لَيْسَ هُوَ أَرْضَعَنِي ، وَلَكِنْ أَرْضَعَنِي امْرَأَةٌ أُمِّ الْقُعَيْسِ . فَذَحَلَ
عَلِيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنْ الرَّجُلَ لَيْسَ هُوَ أَرْضَعَنِي ، وَلَكِنْ
أَرْضَعَنِي امْرَأَتُهُ . قَالَ : « ائْذَنِي لَهُ ، فَإِنَّهُ عَمَلُكَ ، ثَرَيْتَ يَمِينُكَ » . قَالَ غُرُورٌ :
فَبِذَلِكَ كَانَتْ عَائِشَةُ تَأْخُذُ بِقَوْلِ : « حَرِّمُوا مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » . مُتَّفَقٌ
عَلَيْهِ ^(٧) . وَسُئِلَ ابْنُ عَبَّاسٍ ، عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ ، فَأَرْضَعَتْ إِحْدَاهُمَا جَارِيَةً ،
وَالْأُخْرَى غُلَامًا ، هَلْ يَتَزَوَّجُ الْغُلَامُ الْجَارِيَةَ ^(٨) ؟ فَقَالَ : لَا ، اللَّقَاحُ وَاحِدٌ ^(٩) . قَالَ
مَالِكٌ : اخْتَلَفَ قَدِيمًا فِي الرِّضَاعَةِ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ ، وَنَزَلَ بِرَجَالٍ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ فِي
أَزْوَاجِهِمْ ؛ مِنْهُمْ مُحَمَّدُ بْنُ الْمُتَكَدِّرِ ، وَابْنُ أُمِّ حَبِيبَةَ ، فَاسْتَفْتَوْا فِي ذَلِكَ ، فَاخْتَلَفَ
عَلَيْهِمْ ، فَقَارَعُوا زَوَّجَاتِهِمْ . فَأَمَّا الْوَلَدُ ^(١٠) الْمُرْتَضِعُ ^(١١) ، فَإِنَّ الْحُرْمَةَ تَنْتَشِرُ إِلَيْهِ وَإِلَى
أَوْلَادِهِ وَإِنْ نَزَلُوا ، وَلَا تَنْتَشِرُ إِلَى مَنْ فِي دَرَجَتِهِ مِنْ إِخْوَانِهِ ^(١٢) وَأَخَوَاتِهِ ، وَلَا إِلَى أَعْلَى مِنْهُ ،
كَأَبِيهِ وَأُمِّهِ وَأَعْمَامِهِ وَعَمَّاتِهِ وَأَخْوَالِهِ وَخَالَاتِهِ وَأَجْدَادِهِ وَجَدَّاتِهِ ، فَلَا يَحْرُمُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ

(٥) تقدم في : ٥٢٠/٩ .

(٦-٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(٧) تقدم تحريجه في : ٤٩٣/٩ .

(٨) في ١ ، ب ، م : « بِالْجَارِيَةِ » .

(٩) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في لبن الفعل ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذی ٨٩/٥ ، ٩٠ .
والإمام مالك ، في : باب رضاعة الصغير ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٦٠٣/٢ ، ٦٠٣ . والبيهقي ، في : باب يحرم
من الرضاع ما يحرم من الولادة ، وأن لبن الفعل محرم . من كتاب الرضاع . السنن الكبرى ٤٥٣/٧ . وعبد الرزاق ،
في : باب لبن الفعل ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٧٣/٧ ، ٤٧٤ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في
أبنة الأخ من الرضاعة . السنن ٢٤٠/١ .

(١٠) سقط من : ١ ، م .

(١١) في ب : « المرضع » .

(١٢) في الأصل : « لإخوته » .

نِكَاحُ أُمِّ الطِّفْلِ الْمُتَرْضِعِ ، وَلَا أُخِيهِ ، وَلَا عَمَّتِهِ ، وَلَا خَالَه ، وَلَا يَحْرُمُ عَلَى زَوْجِهَا نِكَاحُ أُمِّ الطِّفْلِ الْمُتَرْضِعِ ، وَلَا أُخْتَهُ ، وَلَا عَمَّتَهُ ، وَلَا خَالَتَهُ ، وَلَا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَوْلَادُ الْمُرْضِعَةِ ، وَأَوْلَادُ زَوْجِهَا ، إِشْوَةَ الطِّفْلِ الْمُتَرْضِعِ وَأَخَوَاتِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ أُخْتَهُ أُخِيهِ^(١٣) مِنَ الرُّضَاعِ ، لَيْسَ بَيْنَهُمَا رَضَاعٌ وَلَا نَسَبٌ ، وَإِنَّمَا الرُّضَاعُ بَيْنَ الْجَارِيَةِ وَأَخِيهِ^(١٤) . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنْ مِنْ شَرْطٍ تُحْرِمُ الرُّضَاعُ أَنْ يَكُونَ فِي الْحَوَلَيْنِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، رَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ^(١٥) ، وَابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ . وَأَزْوَاجُ النَّبِيِّ ﷺ سِوَى عَائِشَةَ . وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الشَّعْبِيُّ ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَرِوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ ، وَرَوَى عَنْهُ ، إِنْ زَادَ شَهْرًا جَازَ ، وَرَوَى شَهْرَانِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُحْرَمُ الرُّضَاعُ فِي ثَلَاثِينَ شَهْرًا ؛ لِقَوْلِهِ سَبْحَانَهُ ﷻ وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﷻ^(١٦) . وَلَمْ يُرِدْ بِالْحَمْلِ حَمْلُ الْأَحْشَاءِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ سِتْنَيْنِ فَعَلِمَ أَنَّهُ أَرَادَ الْحَمْلَ فِي الْفِصَالِ . وَقَالَ زُفَرٌ : مُدَّةُ الرُّضَاعِ ثَلَاثُ سِنِينَ . وَكَانَتْ عَائِشَةُ تَرَى رَضَاعَةَ الْكَبِيرِ / تُحْرَمُ . وَيُرَوَّى هَذَا عَنْ عَطَاءٍ ، وَاللَّيْثِ ، وَدَاوُدَ ؛ لَمَّا رَوَى أَنَّ سَهْلَةَ بِنْتَ سُهَيْلٍ قَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا كُنَّا تَرَى سَالِمًا وَلَدًا ، فَكَانَ يَأْوِي مَعِيَ وَمَعَ أُنَى حَذِيفَةَ فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ ، وَيَرَانِي فَضْلًا^(١٧) ، وَقَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِمْ مَا قَدْ عَلِمْتُ ، فَكَيْفَ تَرَى فِيهِ ؟ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَرْضِعِيهِ » . فَأَرْضَعَتْهُ خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ وَلَدِهَا . فَبِذَلِكَ كَانَتْ عَائِشَةُ تَأْخُذُ ، تَأْمُرُ بَنَاتَ أَخَوَاتِهَا ، وَبَنَاتَ إِخْوَتِهَا يَرْضِعْنَ مَنْ أَحَبَّتْ عَائِشَةُ أَنْ يَرَاهَا ، وَيَدْخُلَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، وَأَبَتْ ذَلِكَ أُمُّ سَلَمَةَ ، وَسَائِرُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِنَ بَنَاتُ الرُّضَاعَةِ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ ، حَتَّى يَرْضَعَ فِي

١٧٠/٨ ظ

(١٣) في ١ ، ب ، م : د أُخْتَهُ .

(١٤) في ١ ، ب ، م : د وَأُخْتَهُ .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) سورة الأحقاف ١٥ .

(١٧) أى مبتذلة ، في ثياب المهنة .

الْمَهْد ، وَقُلْنَ لِعَائِشَةَ : وَاللَّهِ ^(١٨) مَا نَذَرِي ، لَعَلَّهَا رُحْصَةٌ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ لِسَالِمِ دُونَ النَّاسِ . رَوَاهُ التَّنَاسُئِيُّ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُمَا ^(١٩) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْوَلَدُ نَتُّ يُرْضِعُنَّ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْسَمَ الرُّضَاعَةَ ﴾ ^(٢٠) . فَجَعَلَ تَمَامَ الرُّضَاعَةِ حَوْلَيْنِ ، فَيُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا حُكْمَ لَهَا بَعْدَهُمَا . وَعَنْ عَائِشَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ عَلَيْهَا وَعِنْدَهَا رَجُلٌ ، فَتَغَيَّرَ وَجْهُ النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهُ أَخِي مِنْ الرُّضَاعَةِ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « انْظُرْنَ مَنْ إِخْوَانُكُنَّ ، فَإِنَّمَا الرُّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢١) . وَعَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا يُحْرَمُ مِنَ الرُّضَاعِ ، إِلَّا مَا فَتَى الْأَمَاءُ ، وَكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ » . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٢٢) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَعِنْدَ هَذَا يَتَعَيَّنُ حُمْلُ خَيْرِ أَى حَذِيفَةٍ عَلَى أَنَّهُ خَاصٌّ لَهُ دُونَ النَّاسِ ، كَمَا قَالَ سَائِرُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ . وَقَوْلُ أَى حَنِيفَةٍ ، تَحْكُمُ بِمُخَالَفِ ظَاهِرِ الْكِتَابِ وَقَوْلِ الصَّحَابَةِ ، فَقَدْ رَوَيْنَا عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ الْمَرَأَةَ بِالْحَمْلِ حَمْلُ الْبَطْنِيِّ . وَبِهِ اسْتَدْلَّ عَلِيٌّ أَنَّ أَقَلَّ مَدَّةِ الْحَمْلِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى هَذَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَفِصْلُهُ فِي غَامِظِينَ ﴾ ^(٢٣) . فَلَوْ حُمِلَ عَلَى مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ ، لَكَانَ مُخَالِفًا لِهَذِهِ

(١٨) لم يرد في : ب .

(١٩) تقدم تخريجه في : ٤٩٢/٩ .

(٢٠) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٢١) أخرجه البخاري ، في : باب الشهادة على الأنساب ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب من قال : لا رضاع بعد حولين ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٢٢٣/٣ ، ١٢/٧ . ومسلم ، في : باب إنما الرضاعة من المجاعة ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٧٨/٢ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب القدر الذي يحرّم من الرضاعة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٨٤/٦ . والدارمي ، في : باب في رضاعة الكبير ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٨/٢ .

(٢٢) في : باب ما جاء ما ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغير دون الحولين ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٩٧/٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب لا رضاع بعد فصال ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٦/١ .

(٢٣) سورة لقمان ١٤ .

الآية . إذا ثبت هذا ، فلا اعتبار بالعامتين لا بالفطام ، فلو قُطِمَ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ ، ثم ارتَضَعَ
 فيهما ، لَحَصَلَ التَّحْرِيمُ ، ولو لم يُقْطَمْ حتى تَجَاوَزَ الْحَوْلَيْنِ ، ثم ارتَضَعَ بعدهما قَبْلَ
 الفطام . لم يَثْبُتِ التَّحْرِيمُ . وقال ابنُ القاسم ، صاحبُ مالِك : لو ارتَضَعَ / بعدَ الفطام
 في الْحَوْلَيْنِ ، لم يُحَرِّمُ ^(٢٤) ؛ لقوله عليه السلام : « وَكَانَ قَبْلَ الْفُطَامِ » . ولنا ، قولُ الله
 تعالى : ﴿ وَالْوَلَدُ ثَمَرُ بَرِيضَةٍ أَوْلَدَتْهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ . وروى عنه عليه السلام :
 « لَا رِضَاعَ إِلَّا مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ » ^(٢٥) . والفطامُ مُعْتَبَرٌ بِمُدَّتِهِ لَا بِنَفْسِهِ ، قال أبو
 الحُطَّاب : لو ارتَضَعَ بعدَ الْحَوْلَيْنِ بِسَاعَةٍ ، لم يُحَرِّم . وقال القاضي : لو شَرَعَ في
 الخامسة ، فحالُ الْحَوْلِ قَبْلَ كَمَالِهَا ، لم يَثْبُتِ التَّحْرِيمُ . ولا يَصِحُّ هذا ؛ لِأَنَّ مَا وَجَدَ
 مِنَ الرُّضْعَةِ فِي الْحَوْلَيْنِ كَافٍ فِي التَّحْرِيمِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ انْفَصَلَ مِمَّا بَعْدَهُ ، فلا يَنْبَغِي أَنْ
 يَسْقُطَ حُكْمُ الْبَيْصَالِ ^(٢٦) ، مَالَا أَثَرَ لَهُ بِهِ . واشتَرَطَ ^(٢٧) الْخِرَقِيُّ فِي تَشْرِيعِ الْحُرْمَةِ بَيْنَ
 الْمُرْتَضِعِ وَبَيْنِ الرَّجُلِ الَّذِي ثَابَتَ اللَّبَنُ بِوَطْئِهِ ، أَنْ يَكُونَ لِبَنٍ حَمْلٌ يَنْتَسِبُ ^(٢٨) إِلَى
 الْوَاطِئِ ، لِأَنَّ لَكُورِ الْوَطْئِ فِي نِكَاحٍ أَوْ مِلْكٍ يَمِينٍ ، أَوْ بِشَبْهَةٍ ^(٢٩) ، فَأَمَّا لَبَنُ الزَّانِي أَوْ
 الثَّانِي لِلْوَلَدِ بِاللَّعَانِ ، فلا يَنْشُرُ الْحُرْمَةَ بَيْنَهُمَا ، فِي مَفْهُومِ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وهو قولُ أبي
 عبد الله ابنِ حامدٍ ، ومذهبُ الشافعي . وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيز : تَنْشِيرُ الْحُرْمَةِ
 بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى يَنْشُرُ الْحُرْمَةَ ، فَاسْتَوَى فِي ذَلِكَ مُبَاحُهُ وَمَحْظُورُهُ ^(٣٠) ، كَالْوَطْئِ ،
 يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْوَاطِئَ حَصَلَ مِنْه لَبَنٌ وَوَلَدٌ ، ثُمَّ إِنَّ الْوَلَدَ يَنْشُرُ الْحُرْمَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَاطِئِ ،
 كَذَلِكَ اللَّبَنُ ، وَلَئِنْ رَضَاعٌ يَنْشُرُ الْحُرْمَةَ إِلَى الْمُرْضِعَةِ ، فَتَنْشُرُهَا إِلَى الْوَاطِئِ ، كَصُورَةِ

(٢٤) في م نهادة : عليه .

(٢٥) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الرضاع . سنن الدارقطني ١٧٤/٤ . وابن عدي ، في : الكامل ٢٥٦٢/٧ .

(٢٦) في ب : باتصال .

(٢٧) في أ : واشتراط .

(٢٨) في الأصل : ينسب .

(٢٩) في أ ، م : شبهة .

(٣٠) في أ ، م : ومحظور .

الإجماع . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلُ ، أَنَّ التَّحْرِيمَ بَيْنَهُمَا فَرَعَ لِحُرْمَةِ الْأَبْوَةِ ، فَلَمَّا لَمْ تَثْبُتْ حُرْمَةُ الْأَبْوَةِ ، لَمْ يَثْبُتْ مَا هُوَ فَرَعٌ لَهَا . وَيَفَارِقُ تَحْرِيمَ ابْنَتِهِ مِنَ الزَّوْنَى ؛ لِأَنَّهَا مِنْ نُطْقَتِهِ حَقِيقَةً ، بخلاف مسألتنا . وَيَفَارِقُ تَحْرِيمَ الْمُصَاهَرَةِ ؛ فَإِنَّ التَّحْرِيمَ ثُمَّ لَا يَقِفُ عَلَى ثُبُوتِ النَّسَبِ ، وَلِهَذَا تَحْرُمُ أُمُّ زَوْجَتِهِ وَابْنَتُهَا مِنْ غَيْرِ نَسَبٍ ، وَتَحْرِيمُ الرُّضَاعِ مَبْنِيٌّ عَلَى النَّسَبِ ، وَلِهَذَا قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « يَحْرُمُ مِنَ الرُّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » (٣١) . فَأَمَّا الرُّضِيعَةُ ، فَإِنَّ الطِّفْلَ الرُّضِيعَ مُحَرَّمٌ عَلَيْهَا ، وَمُنْسُوبٌ إِلَيْهَا عِنْدَ الْجَمِيعِ . وَكَذَلِكَ يَحْرُمُ جَمِيعُ أَوْلَادِهَا ، وَأَقَارِبُهَا الَّذِينَ يَحْرُمُونَ عَلَى أَوْلَادِهَا ، عَلَى هَذَا الرُّضِيعِ ، كَمَا فِي الرُّضَاعِ بِاللَّيْنِ (٣٢) . وَإِنْ كَانَ الرُّضِيعُ جَارِيَةً ، حُرِّمَتْ عَلَى الْمَلَاعِنِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا رَبِيبَتُهُ ، فَإِنَّهَا بِنْتُ أُمِّهِ مِنَ الرُّضَاعِ ، وَتَحْرُمُ عَلَى الزَّوْنَى ، عِنْدَ مَنْ يَرَى تَحْرِيمَ الْمُصَاهَرَةِ ، وَكَذَلِكَ يَحْرُمُ بَنَاتُهَا وَبَنَاتُ الرُّضِيعِ مِنَ الْعِلْمَانِ لَذَلِكَ .

١٧١/٨ ط **فصل : وإذا وُطِئَ / رَجُلَانِ امْرَأَةً ، فَأَنَّتْ بَوْلِدُ ، فَأَرْضَعَتْ بَلَيْنَهُ طِفْلًا ، صَارَ ابْنًا لِمَنْ تَبَتَّ نَسَبُ (٣١) الْمَوْلُودِ مِنْهُ ، سِوَاءَ تَبَتَّ نَسَبُهُ مِنَ الْقَافَةِ أَوْ بغيرِهَا . وَإِنْ أَلْحَقَتْهُ الْقَافَةُ بِهِمَا ، صَارَ الرُّضِيعُ ابْنًا لِهَئِمَا ، فَالرُّضِيعُ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ تَبَعَ لِلْمُنَاسِبِ ، فَمَتَى لَحِقَ الْمُنَاسِبُ بِشَخْصٍ ، فَالرُّضِيعُ مِثْلُهُ ، وَإِنْ انْتَفَى الْمُنَاسِبُ عَنْ أَحَدِهِمَا ، فَالرُّضِيعُ مِثْلُهُ ، لِأَنَّهُ بَلَيْنَهُ ارْتَضَعَ ، وَحُرْمَتُهُ فَرَعَ عَلَى حُرْمَتِهِ . وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْهُمَا ؛ لَتَعَدُّرِ الْقَافَةِ ، (٣٥) أَوْ لِاشْتِبَاهِهِ (٣٥) عَلَيْهِمْ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، حُرِّمَ عَلَيْهِمَا ، تَغْلِيظًا لِلْحَظَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ابْنُ (٣٦) أَحَدِهِمَا ، فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ أَقَارِبُهُ دُونَ أَقَارِبِ الْآخَرِ ، وَقَدْ اخْتَلَطَتْ أُخْتُهُ بِغَيْرِهَا ، فَحُرِّمَ الْجَمِيعُ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ أَخْتَهُ بِغَيْرِهَا ، ثُمَّ**

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) تقدم ترجمته في : ٥١٣/٩ ، ٥١٩ ، ٥٢٠ .

(٣٣) في ١ : في اللين .

(٣٤) في الأصل : : لبن .

(٣٥-٣٥) في الأصل : واشتباهه .

(٣٦) سقط من : ب ، م .

اِخْتَلَطَتْ^(٣٧) بِأَجْنِبَاتٍ . وَإِنْ اتَّفَقَ عَنْهُمَا جَمِيعًا ، بَانَ ثَأْنِي بِهِ لِلدُّونِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْئِهِمَا^(٣٨) ، أَوْ لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ ، أَوْ لِلدُّونِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْءِ أَحَدِهِمَا ، أَوْ لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْءِ الْآخَرِ ، اتَّفَقَ الْمُتَرْضِعُ عَنْهُمَا أَيْضًا ، فَإِنْ كَانَ الْمُتَرْضِعُ جَارِيَةً ، حَرَّمَ عَلَيْهِمَا تَحْرِيمَ الْمُصَاهَرَةِ ، وَيَحْرُمُ أَوْلَادُهَا عَلَيْهِمَا أَيْضًا ، لِأَنَّهَا ابْنَةُ مَوْطُوءٍ بِهِمَا^(٣٩) ، فَهِيَ رَبِيبَةٌ لَهُمَا .

فصل : ولا تنتشر الحرمة بغير لبن الآدمية بحال ، فلو ارتضع أثنان من لبن بهيمة ، لم يصيرا أخوين ، في قول عامة أهل العلم ؛ منهم الشافعي ، وابن القاسم ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . ولو ارتضعا من رجل ، لم يصيرا أخوين ، ولم تنتشر الحرمة بينه وبينهما ، في قول عامتهم . وقال الكرايسي^(٤٠) : يتعلّق به التحريم ؛ لأنه لبن آدمي ، أشبه لبن الآدمية^(٤١) . وحكي عن بعض السلف ، أنهما إذا ارتضعا من لبن بهيمة ، صاروا أخوين . وليس بصحيح ؛ لأنّ هذا لا^(٤٢) يتعلّق به تحريم الأمومة ، فلا يثبت به تحريم الأخوة ، لأنّ الأخوة فرع على الأمومة ، وكذلك لا يتعلّق به تحريم الأبوة لذلك ، ولأنّ هذا اللبن لم يُخلَقْ لِغِذَاءِ المَوْلُودِ ، فلم^(٤٣) يتعلّق به التحريم ، كسائر الطعام . فإنّ ثاب لخنتى مُشْكِلُ لَبَنٍ ، لم يثبت به التحريم ؛ لأنه لم يثبت كونه امرأة ، فلا يثبت التحريم مع الشك . وقال ابن حامد : يَقِفُ الأمرُ حَتَّى يَنْكَشِفَ أمرُ الخنتى .

(٣٧) م : اختلطت .

(٣٨) في ا ، ب : وطئها .

(٣٩) م : بينها .

(٤٠) الكرايسي : نسبة إلى بيع الثياب . وهو أبو علي الحسين بن علي الكرايسي البغدادي الشافعي ، كان يحسن الفقه والحديث ، وهو من جمع وصنف ، وتولى سنة خمس وأربعين ومائتين . وقيل : سنة ثمان وأربعين . طبقات الشافعية الكبرى ١١٧/٢ - ١٢٦ .

(٤١) ل ب : الآدميات .

(٤٢) سقط من : م .

(٤٣) في ب : فلا .

فعل قوله يثبت التحريم ، إلا أن يتبين كونه رجلاً ؛ لأنه لا يأمن كونه محرماً .

فصل : وإن تاب لامرأة لبن من غير وطء ، فأرضعت به طفلاً ، نشر الحرمة ، في
 ١٧٢/٨ أظهر الروايتين . وهو قول ابن حامد ، ومذهب مالك ، والثوري ، والشافعي ، / وأبي
 ثور ، وأصحاب الرأي ، وكل من يحفظ عنه ابن المنذر ؛ لقول الله تعالى :
 ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ^(١٤) . ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم ، كما لو تاب
 بوطء ، ولأن ألبان النساء خلقت ^(١٥) لغذاء الأطفال ، وإن كان هذا نادراً ، فجنسه
 معتاد . والرواية الثانية ، لا ينشر الحرمة ؛ لأنه نادر ، لم تجر العادة به لتغذية الأطفال ،
 فأشبه لبن الرجال . والأول أصح .

فصل : إذا كان لرجل خمس أمهات أولاد ، له منهن لبن ، فأرضع طفلاً من كل
 واحدة منهن رضعة ، لم يصيرن أمهات له ، وصار المولى أباً له . وهذا قول ابن حامد ؛
 لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات . وفيه وجه آخر ، لا تثبت الأبوة ؛ لأنه رضاع لم
 يثبت الأمومة ، فلم يثبت الأبوة ، كالارتضاع بلبن الرجل . والأول أصح ؛ فإن الأبوة
 إنما تثبت لكونه رضع من لبنه ، لا لكون المرضعة أمّاً له . ولأصحاب الشافعي
 وجهان ، كهذين . وإذا ^(١٦) قلنا بثبوت الأبوة ، حرمت عليه المرضعات ؛ لأنه
 ربيهن ، وهن موطوءات أبيه . وإن كان لرجل خمس بنات ، فأرضعن طفلاً ، كل
 واحدة رضعة ، لم يصيرن أمهات له . وهل يصير الرجل جدّاً له ، وأولاده أحوالاً له
 وخالات ^(١٧) ؟ على وجهين ؛ أحدهما ، يصير جدّاً ، وأخوهن خالاً ؛ لأنه قد ^(١٨) كمل
 للمرضع خمس رضعات من لبن بناته أو أخواته ، فأشبه ما لو كان من واحدة .

(١٤) سورة النساء ٢٣ .

(١٥) في الأصل : « تعلق » .

(١٦) في ب : « وإن » .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) سقط من : ب ، م .

وَالْآخَرُ ، لَا يَثْبُتُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ كَوْنُهُ جَدًّا فَرَعُ كَوْنِ ابْنِهِ أُمًّا ، وَكَوْنُهُ خَالًا فَرَعُ كَوْنِ أُمِّهِ أُمًّا ، وَلَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ ، فَلَا يَثْبُتُ الْفَرَعُ . وَهَذَا الرَّجْعُ يَتَرَجَّعُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛ لِأَنَّهُ الْفَرَعِيَّةُ مُتَحَقِّقَةٌ ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا . فَإِنْ قُلْنَا : يَصِيرُ أَخُوهُنَّ خَالًا . لَمْ تَثْبُتِ الْخُفُولَةُ فِي حَقِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَعْ^(٤٩) مِنْ لَبَنِ أَخَوَاتِهَا خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، وَلَكِنْ يَحْتَمِلُ التَّحْرِيمُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اجْتَمَعَ مِنَ اللَّبَنِ الْمُحَرَّمِ خَمْسُ رَضَعَاتٍ . وَلَوْ كَمَلَ لِلطِّفْلِ^(٥٠) خَمْسُ رَضَعَاتٍ مِنْ أُمِّهِ وَأَخِيهِ وَابْنَتِهِ وَزَوْجَتِهِ وَزَوْجَةِ أَبِيهِ ، مِنْ كُلِّ^(٥١) وَاحِدَةٍ رَضْعَةً ، خُرِجَ عَلَى الرَّجْعَيْنِ .

فصل : إِذَا كَانَ لِامْرَأَةٍ لَبَنٌ مِنْ زَوْجٍ ، فَأَرْضَعَتْ بِهِ^(٥٢) طِفْلًا ثَلَاثَ رَضَعَاتٍ ، وَانْقَطَعَ لَبَنُهَا ، فَتَزَوَّجَتْ آخَرَ ، فَصَارَ لَهَا مِنْهُ لَبَنٌ ، فَأَرْضَعَتْ مِنْهُ الصَّبِيَّ رَضْعَتَيْنِ ، صَارَتْ أُمًّا لَهُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِأَنَّ الْخَمْسَ مُحَرَّمَاتٍ ، وَلَمْ يَصِيرْ وَاحِدٌ مِنَ الزَّوْجَيْنِ أَبًا لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكْمُلْ عَدَدُ الرُّضَاعِ مِنْ لَبَنِهِ ، وَيَحْرُمُ عَلَى / الرَّجُلَيْنِ ؛ بِكَوْنِهِ^(٥٣) رَيْبِيهَا ، لَا لِكَوْنِهِ وَلَكِنْ لِمَا^(٥٤) .

١٣٧٢ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَلَوْ طَلَّقَ زَوْجُهُ ثَلَاثًا ، وَهِيَ تَرْضَعُ مِنْ لَبَنِ وَلَدِهِ ، فَتَزَوَّجَتْ بِصَبِيٍّ مُرَضِعٍ ، فَأَرْضَعَتْهُ ، فَحَرَّمَتْ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ بِآخَرَ ، وَدَخَلَ بِهَا وَوَطَّئَهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، لَمْ يَحْزَنْ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مِنْ حَلَائِلِ الْأَنْثَاءِ لَمَّا أَرْضَعَتْ الصَّبِيَّ الَّذِي تَزَوَّجَتْ بِهِ)

هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ فُرُوعِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا ، وَهِيَ أَنَّ الْمُرَضِعَ يَصِيرُ ابْنًا لِلرَّجُلِ الَّذِي تَابَ اللَّبَنُ بِوَطْئِهِ . فَهَذِهِ الْمَرْأَةُ لَمَّا تَزَوَّجَتْ صَبِيًّا ، ثُمَّ أَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِ مُطْلَقِهَا ، صَارَ ابْنًا

(٤٩) ق م : يرضع .

(٥٠) ق ب : الطفل .

(٥١) سقط من : م .

(٥٢) ق م : لكونه .

(٥٣) ق ب : ولدا لهما .

لِمُطَلِّقِهَا فَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا أُمُّهُ ، وَبِأَنَّهُ مِنْهُ ، وَكَانَتْ زَوْجَةً لَهُ ، فَصَارَتْ زَوْجَةً لِابْنِ مُطَلِّقِهَا ، فَحُرِّمَتْ عَلَى الْأَوَّلِ عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ لَكُنْهَ صَارَتْ مِنْ خَلَائِلِ أَبْنَائِهِ . وَلَوْ تَزَوَّجَتْ امْرَأَةً صَبِيًّا ، فَوَجَدَتْ بِهِ عَيًّا ، فَفَسَّخَتْ نِكَاحَهُ ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ كَبِيرًا ، فَصَارَ لَهَا مِنْهُ لَبَنٌ ، فَأَرْضَعَتْ بِهِ الصَّبِيَّ خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، حُرِّمَتْ عَلَى زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مِنْ خَلَائِلِ أَبْنَائِهِ . وَلَوْ زَوَّجَ الرَّجُلُ أُمَّ وَلَدِهِ أَوْ أُمَّتَهُ بِصَبِيٍّ مَمْلُوكٍ ، فَأَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِ سَيِّدِهَا خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُ ، وَحُرِّمَتْ عَلَى سَيِّدِهَا عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مِنْ خَلَائِلِ أَبْنَائِهِ . فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ حُرًّا ، لَمْ يُتَصَوَّرْ هَذَا الْفَرْعُ ، وَلَمْ ^(١) يَصْبَحْ نِكَاحُهُ ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ جَوَازِ نِكَاحِ الْحُرِّ الْأُمَّةَ ، خَوْفُ الْعَنَتِ ، وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي الطِّفْلِ ، فَإِنْ تَزَوَّجَ بِهَا كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا ، وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ ، لَمْ تُحْرَمْ عَلَى سَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِزَوْجٍ فِي الْحَقِيقَةِ .

فصل : وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ ، وَلَهَا مِنْهُ لَبَنٌ ، فَتَزَوَّجَتْ آخَرَ ، لَمْ يَحُلْ مِنْ خَمْسَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَبْقَى لَبَنُ الْأَوَّلِ بِحَالِهِ ، لَمْ يَزِدْ وَلَمْ يَنْقُصْ ، وَلَمْ يَلِدْ مِنَ الثَّانِي ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ ، سِوَاةَ حَمَلَتْ مِنَ الثَّانِي أَوْ لَمْ تَحْمِلْ . لَا ^(٢) نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّ اللَّبَنَ كَانَ لِلأَوَّلِ ، وَلَمْ يَتَجَدَّدْ مَا يَجْعَلُهُ مِنَ الثَّانِي ، فَبَقِيَ لِلأَوَّلِ . الثَّانِي ، أَنْ لَا تَحْمِلَ مِنَ الثَّانِي ، ^(٣) فَهُوَ لِلأَوَّلِ ، سِوَاةَ زَادَ أَوْ لَمْ يَزِدْ ، أَوْ انْقَطَعَ ثُمَّ عَادَ أَوْ لَمْ يَنْقَطِعْ . الثَّالِثُ ، أَنْ يَلِدَ مِنَ الثَّانِي ، فَالْلَبَنُ لَهُ خَاصَّةٌ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَلَى هَذَا كُلِّ مَنْ أَحْفَظَ عَنْهُ ^(٤) " مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ " . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ ، سِوَاةَ زَادَ أَوْ لَمْ يَزِدْ ، انْقَطَعَ أَوْ اتَّصَلَ ؛ لِأَنَّ لَبَنَ الْأَوَّلِ يَنْقَطِعُ بِالْوِلَادَةِ مِنَ الثَّانِي ، فَإِنْ حَاجَةَ الْمَوْلُودَ إِلَى اللَّبَنِ كُنْتُمْ كَوْنَهُ لَبَنًا غَيْرِهِ . الْحَالُ الرَّابِعُ ، أَنْ يَكُونَ لَبَنُ الْأَوَّلِ بِاقِيًّا ، وَزَادَ بِالْحَمَلِ مِنَ الثَّانِي ، فَالْلَبَنُ مِنْهُمَا / جَمِيعًا ، فِي قَوْلِ أَصْحَابِنَا ١٧٣/٨

(١) سقطت الواو من : م .

(٢) في ب : د ولا .

(٣-٣) سقط من : ب .

(٤-٤) سقط من : الأصل ، م .

وقال أبو حنيفة : هو للأوّل ، ما لم تلد من الثاني . وقال الشافعي : إن لم ينته الحمل إلى حال ينزل منه اللبن ، فهو للأوّل ، فإن بلغ إلى حال ينزل به ^(٥) اللبن ، فزاد به ، ففيه قولان ؛ أحدهما ، هو ^(٦) للأوّل . والثاني ، هو لهما . ولنا ، أن نهاذته عند حدوث الحمل ظاهر في أنها منه ، وبقاء ^(٧) لبن الأوّل ^(٨) يقتضي كونه أصله منه ، فيجب ^(٩) أن يضاف إليهما ، كما لو كان الولد منهما . الحال الخامس ، انقطع من الأوّل ، ثم تاب بالحمل من الثاني . فقال أبو بكر : هو منهما . وهو أحد أقوال الشافعي ، إذا انتهى الحمل إلى حال ينزل به اللبن ؛ وذلك لأن اللبن كان للأوّل ، فلما عاد بحدوث الحمل ، فالظاهر أن لبن الأوّل تاب بسبب الحمل الثاني ، فكان مضافاً إليهما ، كما لو لم ينقطع . واختار أبو الخطاب أنه من الثاني . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأنّ لبن الأوّل انقطع ، فزال حكمه بانقطاعه ، وحدث بالحمل من الثاني ، فكان له ، كما لو لم يكن لها لبن من الأوّل . وقال أبو حنيفة : هو للأوّل ، ما لم تلد من الثاني . وهو القول الثالث للشافعي ؛ لأنّ الحمل لا يقتضي اللبن ، وإنما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته إليه ، والكلام عليه قد سبق .

١٣٧٣ - مسألة : قال : (ولو تزوج كُبيرةً وصغيرةً ، فلم يدخل بالكُبيرة حتى أرضعت الصغيرة في الحولين ، حرمت عليه الكُبيرة ، وثبت نكاح الصغيرة . وإن كان قد دخل بالكُبيرة ، حرمتا عليه جميعاً ، ويرجع ينصف مهر الصغيرة على الكُبيرة)

نص أحمد على هذا كله . في هذه المسألة فصول أربعة :

(٥) في ١ ، ب : منه .

(٦) سقط من : م .

(٧-٨) في ١ : اللبن للأوّل .

(٨) في ١ : فوجب .

(٩) سقط من : ب ، م .

الأول : أنه متى ^(١) تزوج كبيرة وصغيرة ، فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخولها بها ، فسَدَ نكاحُ الكبيرة في الحال ، وحرُمَت على التأييد . وهذا قال الثوري ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال الأوزاعي : نكاحُ الكبيرة ثابت ، وتترع منه الصغيرة . وليس بصحيح ؛ فإن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، فتحرم أبداً ؛ لقول الله سبحانه : ﴿ وَأَمْهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾ ^(٢) . ولم يشترط دخولها بها ، فأما الصغيرة ، ففيها روايتان ؛ إحداهما ، نكاحها ثابت ؛ لأنها ربيبة ، ولم تدخل بأُمها ، فلا تحرم ؛ لقول الله سبحانه : ﴿ فَإِنْ / لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ ^(٣) . والرواية الثانية ، بتفسيخ نكاحها . وهو قول الشافعي ، وأبي حنيفة ؛ لأنهما صارتا ^(٤) أُمًّا وَبِنْتًا ، واجتمعتا في نكاحه ، والجمع بينهما محرم ، فأنفسخ نكاحهما ، كالو صارتا أختين ، وكالو عقد عليهما بعد الرضاع عقداً واحداً . ولنا ، أنه أمكن إزالة الجمع بالفساخ نكاح الكبيرة ، وهي أولى به ؛ لأن نكاحها محرم على التأييد ، فلم يتطل نكاحهما به ، كالو ابتداء العقد على أخته وأجنبية ، ولأن الجمع طراً على نكاح الأم والبنت ، فاختص الفسخ بنكاح الأم ، كالو أسلم ونكحه امرأة وبنتها . وفارق الأختين ؛ لأنه ليست إحداهما أولى بالفسخ من الأخرى ، وفارق ما لو ابتداء العقد عليهما ؛ لأن الدوام أقوى من الاجتماع .

الفصل الثانی : اَنَّهُ (۵) إِنْ كَانَ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حَرَّمَتْهُمَا جَمِيعًا عَلَى الْأُمِّدِ ، وَانْفَسَخَ بِكَأَحَدِهِمَا ؛ لِأَنَّ الْكَبِيرَةَ صَارَتْ مِنْ أُمَمَاتِ النِّسَاءِ ، وَالصَّغِيرَةَ رِبِّيَّةً قَدْ دَخَلَ بِأُمِّهَا ، فَخَرَّمَ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا ، وَإِنْ كَانَ الرُّضَاعُ بِلَبِّهِ ، صَارَتْ الصَّغِيرَةُ بِنْتُا مُحَرَّمَةٍ

(٢) في ا، م : و التي .

(۳) سورة النساء ۲۳ .

(٤) ق م : : حارت : .

(٥) سقط من : الأصل .

عليه لوجهين ؛ لكونها بنته ، ورَبَّيْتَهُ التي دَخَلَ بِأُمِّهَا .

الفصل الثالث : أَنَّ عليه يَصِفُ مَهْرَ الصَّغِيرَةِ ؛ لِأَنَّ نِكَاحَهَا الْفَسْخَ قَبْلَ دُخُولِهِ بِهَا مِنْ غَيْرِ جَهَّتِهَا ، وَالْفَسْخُ إِذَا جَاءَ مِنْ أَجَنَبِيٍّ كَانَ كَطَّلَاقِ الزَّوْجِ فِي وَجُوبِ الصَّدَاقِ عَلَيْهِ ، وَلَا مَهْرٌ لِلْكَبِيرَةِ إِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا ؛ لِأَنَّ فَسْخَ نِكَاحِهَا بِسَبَبٍ مِنْ جَهَّتِهَا ، فَسَقَطَ صَدَاقُهَا ، كَالْوَارِثَةِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو نُوَيْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، لَمْ يَسْقُطْ مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ بِدُخُولِهِ بِهَا اسْتِقْرَارًا لَا يُسْقُطُهُ شَيْءٌ ، وَلِذَلِكَ لَا يَسْقُطُ بِرَدِّهَا وَلَا بِغَيْرِهَا .

الفصل الرابع : أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الْكَبِيرَةِ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ صَدَاقِ الصَّغِيرَةِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ بِجَمِيعِ صَدَاقِهَا ؛ لِأَنَّهَا أُلْفَتْ الْبُضْعَ ، فَوَجِبَ ضَمَانُهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ كَانَتْ الْمَرْضِعَةُ أَرَادَتْ الْفَسَادَ ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِنَصْفِ الصَّدَاقِ ، وَإِلَّا فَلَا يَرْجِعُ^(٦) بِشَيْءٍ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ . وَلَنَا ، عَلَى أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِالنَّصْفِ^(٧) ، أَنَّهُ قَرَّرَتْهُ عَلَيْهِ ، وَأَلْفَتْهُ لَهَا ، وَأَلْفَتْ عَلَيْهِ مَا فِي مُقَابَلَتِهِ ، فَوَجِبَ عَلَيْهَا^(٨) الضَّمَانُ ، كَالْوَالِدَةِ عَلَيْهِ الْمَبِيعِ . وَلَنَا ، عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّ مَا ضَمِنَ فِي الْعَمْدِ ضَمِنَ فِي الْخَطَا ، كَالْمَالِ ، وَلِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ / نِكَاحَهُ ، وَقَرَّرَتْ عَلَيْهِ نَصْفَ الصَّدَاقِ ،^(٩) فَلَزِمَهَا ضَمَانُهُ ، كَالْوَالِدَةِ الْإِفْسَادَ . وَلَنَا ، عَلَى أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا يَرْجِعُ بِالنَّصْفِ ، أَنَّ الزَّوْجَ لَمْ يَغْرَمْ إِلَّا النَّصْفَ ، فَلَمْ يَجِبْ لَهُ أَكْثَرُ مِمَّا غَرَّمَ ، وَلِأَنَّهُ بِالْفَسْخِ رَجَعَ^(١٠) إِلَيْهِ بِذَلِكَ النَّصْفِ الْآخَرِ ، فَلَمْ يَجِبْ لَهُ بِذَلِكَ مَا أَخَذَ بِذَلِكَ مَرَّةً أُخْرَى ، وَلِأَنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ مِنْ مِلْكِ الزَّوْجِ لَا قِيَمَةَ لَهُ ، وَإِذَا ضَمِنَتْ الْمَرْضِعَةُ هَهُنَا لِمَا لَزِمَتْ الزَّوْجَ مَا كَانَ مُعْرَضًا لِلْسَّقُوطِ بِسَبَبٍ يُوجَدُ مِنَ الزَّوْجَةِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ هَهُنَا بِأَكْثَرِ مِمَّا لَزِمَتْهُ .

١٧٤/٨

(٦) فِي مَزَادَةٍ : بِالنَّصْفِ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) فِي النِّسْخِ : عَلَيْهِ .

(٩-١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(١٠) فِي م : يَرْجِعُ .

فصل : والواجب ينصف المسمى ، لا ينصف مهر المثل ؛ لأنه إنما يرجع بما غرم ، والذي غرم ينصف ما قرض لها ، فرجع به . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يرجع ينصف مهر المثل ؛ لأنه ضمان مثلي ، فكان الاعتبار بقيمته ، دون ما ملكه به ، كسائر الأغنياء . ولنا ، أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، بدليل ما لو قتل نفسه ، أو ارتد ، أو أرضعت من يتفسيخ نكاحها بإرضاعه ، فإنها لا تُعزم له شيئا ، وإنما الرجوع ههنا بما غرم ، فلا يرجع بغيره ، ولأنه لو رجع بقيمة المثلي ، لرجع بمهر المثل كله ، ولم ^(١١) يختص ينصفه ؛ لأن الثلف لم يختص بالتصنيف ، ولأن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا ، لزمهم نصف المسمى ، كذا ههنا .

فصل : وكل امرأة تحرم ابنتها إذا أرضعت زوجها الصغيرة ، أفسدت نكاحه ، وحرمتها عليه ، ولزمها نصف الصداق ، فإن أرضعتها أمه ، صارت أخته ، وإن أرضعتها جدته ، صارت عمته أو خالته ، ^(١٢) وإن أرضعتها بنته ، صارت بنت بنته ^(١٣) ، وإن أرضعتها أخته ، صارت بنت أخته . وكل امرأة تحرم بنت زوجها عليه ^(١٤) ، إذا أرضعتها بلبن زوجها ، حرمتها عليه ، وعليها نصف مهرها ، كامرأة ابنه ، وامرأة أبيه ، وامرأة أخيه ، وامرأة جده ؛ لأنها إن أرضعتها امرأة أبيه بلبنه ، صارت أخته ، وإن أرضعتها امرأة ابنه ، صارت بنت ابنه ، وإن أرضعتها امرأة أخيه ، صارت بنت أخيه ، وإن أرضعتها امرأة جده بلبنه ، صارت عمته أو خالته . وإن أرضعتها امرأة أحد هؤلاء بلبن غيره ، لم تحرم عليه ؛ لأنها صارت ربيبة زوجها . وإن أرضعتها من لا تحرم بنتها ، كعمته وخالته ، لم تحرمها عليه . ولو تزوج ابنة عمه ، فأرضعت جدتها أحدهما / صغيرا ، انفسخ النكاح ؛ لأنها إن أرضعت الزوج صار عم زوجها ، وإن أرضعت الزوجة صارت عمته ^(١٥) ، وإن أرضعتهما جميعا صار كل واحد منهما عم الآخر .

(١١) في الأصل : : ولا .

(١٢-١٣) سقط من : م .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في الشرح الكبير : : عنه .

وإن تزوج بنت عمته ، فأرضعت جدتهما أحدهما صغيراً ، انفسخ النكاح ، لأنها إن أرضعت الزوج صار خالاً لها ، وإن أرضعت الزوجة صارت عمته . وإن تزوج ابنة خاله ، فأرضعت جدتهما^(١٥) الزوج صار عم زوجته ، وإن أرضعتها^(١٦) صارت خالته . وإن تزوج ابنة خالته^(١٧) ، فأرضعت الزوج صار خال زوجته ، وإن أرضعتها^(١٨) صارت خالة زوجها .

فصل : وإن تزوج كبيرة ، ثم طلقها ، فأرضعت صغيرة بلبنه ، صارت بنتاً له ، وإن أرضعتها بلبن غيره صارت ربيبة ، فإن كان قد دخل بالكبيرة ، حرمت الصغيرة على التأييد ، وإن كان لم يدخل بها لم تحرم^(١٩) ؛ لأنها ربيبة لم يدخل بأُمها . وإن تزوج صغيرة ، ثم طلقها ، فأرضعتها امرأة ، حرمت المرضعة على التأييد ؛ لأنها من أمهات نسائه . وإن تزوج كبيرة وصغيرة ، ثم طلق الصغيرة ، فأرضعتها الكبيرة ، حرمت الكبيرة ، وانفسخ نكاحها ، فإن^(٢٠) كان لم يدخل بها ، فلا مهر لها ، وله نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بها ، فلها مهرها ، ونحرُم هي والصغيرة على التأييد . وإن طلق الكبيرة وحدها قبل الرضاع ، فأرضعت الصغيرة ، ولم يكن دخل بالكبيرة ، ثبت نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بها ، حرمت الصغيرة ، وانفسخ نكاحها ، ويرجع على الكبيرة ينصف صداقها . وإن طلقهما جميعاً ، فالحكم في التحريم على ما مضى . ولو تزوج رجل كبيرة ، وآخر صغيرة ، ثم طلقاهما ، ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ، ثم أرضعت^(٢١) الكبيرة الصغيرة ، حرمت عليهما الكبيرة ،

(١٥) في م : جدتها .

(١٦) في ١ ، ب : أرضعتها .

(١٧) في الأصل : خاله .

(١٨) في ب : أرضعتها .

(١٩) في القادة : عليه .

(٢٠) في الأصل ب ، م : وإن .

(٢١) في ب : أرضعت .

وَالْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَإِنْ كَانَ زَوْجُ الصَّغِيرَةِ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَلَا فَلَ .

فصل : وَإِنْ أَرْضَعَتْ بِنْتُ الْكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ ، فَالْحُكْمُ فِي التَّحْرِيمِ وَالْفَسَخِ حُكْمُ مَا لَوْ أَرْضَعَتْهَا الْكَبِيرَةُ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ جَدَّتِهَا ، وَالرَّجُوعُ بِالصَّدَاقِ عَلَى الْمُرْضِعَةِ الَّتِي أَفْسَدَتْ النِّكَاحَ . وَإِنْ أَرْضَعَتْهَا أُمُّ الْكَبِيرَةِ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا مَعَ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ أُمُّ حَتَّيْنِ ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِالْكَبِيرَةِ ، فَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَيَرْجِعَ عَلَى الْمُرْضِعَةِ بِنِصْفِ صَدَاقِهَا ، وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، فَلَهُ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَةَ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا ، وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ الصَّغِيرَةِ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّةُ الْكَبِيرَةِ ؛ / لِأَنَّهَا قَدْ صَارَتْ أُخْتُهَا ، فَلَا يَنْكِحُهَا فِي عِدَّتِهَا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ أَرْضَعَتْهَا جَدَّةُ الْكَبِيرَةِ ؛ لِأَنَّهَا تُصِيرُ عَمَّةَ الْكَبِيرَةِ أَوْ خَالَتَهَا ، وَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا مُحَرَّمٌ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ ^(٢٢) إِنْ أَرْضَعَتْهَا أُخْتُهَا أَوْ زَوْجَةُ أَخِيهَا بَلَيْتَهُ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ بِنْتُ أُخْتِ الْكَبِيرَةِ أَوْ بِنْتُ أَخِيهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَرْضَعَتْهَا بِنْتُ أَخِيهَا أَوْ بِنْتُ أُخْتِهَا . وَلَا يَحْرُمُ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ ^(٢٣) عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ لِأَنَّهُ تَحْرِيمٌ جَمْعٌ ، إِلَّا إِذَا أَرْضَعَتْهَا بِنْتُ الْكَبِيرَةِ وَقَدْ دَخَلَ بِأُمِّهَا .

فصل : وَمَنْ أَفْسَدَ نِكَاحَ امْرَأَةٍ بِالرُّضَاعِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، غَرِمَ نِصْفَ صَدَاقِهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَتَنْصَرُ ^(٢٤) أَحَدٌ عَلَى أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْمَهْرِ كُلِّهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَسْتَحِقُّ الْمَهْرَ كُلَّهُ عَلَى زَوْجِهَا ، فَتَرْجِعُ بِمَا لَزِمَهُ ، كَيْصِفَ الْمَهْرُ فِي غَيْرِ ^(٢٥) الْمَدْخُولِ بِهَا . وَالصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ بَعْدَ الدُّخُولِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَقَرَّرْ عَلَى الزَّوْجِ شَيْئًا ، وَلَمْ تُلْزِمْهُ إِلَّايَاهُ ، فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ ، كَمَا لَوْ أَفْسَدَتْ نِكَاحَ نَفْسِهَا ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَ الرَّجُوعُ بِالصَّدَاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ ، لَسَقَطَ إِذَا

(٢٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٣) في ب : ١ : منهم .

(٢٤) في ١ ، م : ٢ : ينص .

(٢٥) سقط من : م .

كانت المرأة هي المُفسِدة للنكاح ، كالنصف قبل الدخول ، ولأن خروج البضع من ملك الزوج غير مُتقوم ، على ما ذكرناه فيما مضى ، ولذلك لا يجب مهر الجئل ، وإنما رجع الزوج بنصف المُسمى قبل الدخول ؛ لأنها قررت عليه ، ولذلك يسقط إذا كانت هي المُفسدة لنكاحها^(٢٦) ، ولم يوجد ذلك ههنا . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .
ولأنه لو رجع بالمهر بعد الدخول ، لم يحل إما أن يكون رجوعه بتدليل البضع الذي فوته^(٢٧) ، أو بالمهر^(٢٨) الذي أداه ، لا يجوز أن يكون بتدليل البضع^(٢٩) ؛ لأنه لو وجب بدله ،^(٣٠) لوجب له^(٣١) على الزوجة إذا غات بفعلها أو بقتلها ، وكان^(٣٢) الواجب له^(٣٣) مهر مثلها ، ولا يجوز أن يجب له بدل ما أداه إليها لذلك ، ولأنها ما أوجبت ، ولا لها أثر في إيجابه ولا أدائه^(٣٤) ولا تقريره^(٣٥) ، ولا نعلم بينهم خلافا في أنها إذا أفسدت نكاح نفسها بعد الدخول ، أنه لا يسقط مهرها ، ولا يرجع عليها^(٣٦) بشيء إن كان^(٣٧) أداه إليها ، ولا في أنها إذا أفسدته قبل الدخول أنه يسقط صداقها ، وأنه يرجع عليها بما أعطاه ، فلو ذبت صغيرة إلى كبيرة ، فارتضعت منها حَمَسَ رَضَاعٍ وهي نائمة ، وهما زَوْجَتَا رَجُلٍ ، انفسخ نكاح / الكبيرة ، وعُرِمت على الثائيد ، فإن كان دَخَلَ بالكبيرة ، حُرِمَت الصغيرة ، وانفسخ نكاحها ، ولا مهر للصغيرة ؛ لأنها فسخت نكاح نفسها ، وعليه مهر الكبيرة ، يرجع به على الصغيرة ، عند أصحابنا ، ولا يرجع

١٧٥/٨ ط

(٢٦) في ا ، ب ، م : نكاحها .

(٢٧) في الأصل : فوته .

(٢٨) في ب : المهر .

(٢٩) في ب : البعض .

(٣٠-٣١) سقط من : الأصل .

(٣١) في ب : وكان .

(٣٢) في الأصل ، ب ، م : لها .

(٣٣-٣٤) في م : وتقيره .

(٣٤) سقط من : الأصل .

(٣٥) سقط من : م .

به ، على ما اخترناه ، وإن لم يكن دَخَلَ بالكبيرة ، فعليه نصفُ صداقها ، يرجعُ به على مالِ الصغيرة ؛ لأنها فسختُ نكاحها . وإن ارتضعتِ الصغيرةُ منها رَضْعَتَيْنِ وهى نائمة ، ثم اتبعتِ الكبيرةُ ، فأنثتُ لها ثلاثَ رَضَعَاتٍ ، فقد حصلَ الفسادُ بفعلِهما^(٣٦) ، فينقُطُ^(٣٧) الواجبُ عليهما ، وعليه مهرُ الكبيرة ، وثلاثةُ أعشارِ مهرِ الصغيرة ، يرجعُ به على الكبيرة ، وإن لم يكن دَخَلَ بالكبيرة ، فعليه خمسُ مهرِها ، يرجعُ به على الصغيرة . وهل ينفسخُ نكاحُ الصغيرة ؟ على روايتين .

فصل : وإن أفسدَ النكاحَ جماعةٌ ، تنقُطُ المهرُ عليهم ، فلو جاءَ خمسُ ، فسقنَ زوجةً صغيرةً من لبنٍ أم الزوجِ خمسَ مرَّاتٍ ، انفسخَ نكاحُها ، ولزمهنَّ نصفُ مهرِها بينهما . فإن سقنتها واحدةً شرَّبتين ، وأخرى^(٣٨) ثلاثاً ، فعلى الأولى الخمسُ ، وعلى الثانية^(٣٩) خمسَ وعشر^(٤٠) . وإن سقنتها واحدةً شرَّبتين ، وسقاها ثلاثَ ثلاثٍ شرَّباتٍ ، فعلى الأولى الخمسُ ، وعلى كلِّ واحدةٍ من الثلاثِ عشر . وإن كان له ثلاثُ نسوةٍ كبارٍ ، وواحدةٌ صغيرةٌ ، فأرضعتُ كلَّ واحدةٍ من الثلاثِ الصغيرةَ أربعَ رَضَعَاتٍ ، ثم حلبنَ في إناءٍ ، وسقنَته الصغيرةُ ، حرُمَ الكبارُ ، وانفسخَ نكاحهنَّ ، فإن لم يكن دَخَلَ بهنَّ ، فنكاحُ الصغيرةِ ثابتٌ ، على إحدى الروايتين ، وعليه لكلِّ واحدةٍ منهنَّ ثلثُ صداقِها ، ترجعُ به على ضرتيها ؛ لأنَّ فسادَ نكاحِها حصلَ^(٤١) بفعلِها وفعلِهما ، فسقطَ ما قَابَلَ فعلَها ، وهو سُدُسُ الصداقِ ، وبقيَ عليه الثلثُ ، فرجعَ به على ضرتيها ، فإن كان صداقُهنَّ مُتساوياً ، سقطَ ، ولم يجبْ شيءٌ ؛ لأنه يتقاصُ ما لهما على الزوج ، بما يرجعُ به عليها ، إذ لا فائدةَ في أن يجبَ لها عليه ما يرجعُ به عليها ، وإن

(٣٦) ق ب : بفعلها .

(٣٧) ق ب : فسقط .

(٣٨) ق ب : والأخرى .

(٣٩-٣٩) ق ب : الخمس والعشر .

(٤٠) سقط من الأصل .

كان مُخْتَلِفًا ، وهو من جنس واحد ، ثقاصًا منه بِقَدَرِ أَقْلِهِمَا ، وَوَجَبَتِ الْفَضْلَةُ^(٤١) لَصَاحِبِهَا ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَجْناسٍ ، ثَبَتَ التَّرَاجُعُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِإِحْدَى الْكِبَارِ ، حُرِّمَتِ الصَّغِيرَةُ أَيْضًا ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَوَجَبَ لَهَا يَنْصِفُ صَدَاقِهَا ، تُرْجِعُ بِهِ عَلَيْهَا اثْلَاثًا ، وَلِلثَّانِي^(٤٢) دَخَلَ بِهَا الْمَهْرُ كَامِلًا ، / وَفِي الرُّجُوعِ بِهِ مَا أَسْلَفْنَاهُ مِنَ الْخِلَافِ . وَإِنْ حَبِلَتْ فِي إِنْاءٍ ، فَسَقَتْهُ إِحْدَاهُنَّ الصَّغِيرَةُ^(٤٣) خَمْسَ مَرَّاتٍ ، كَانَ صَدَاقُ ضَرَّائِهَا يُرْجِعُ بِهِ عَلَيْهَا ، إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهِنَّ ؛ لِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ نِكَاحَهُنَّ ، وَيَسْقُطُ مَهْرُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا ، فَلَهَا مَهْرُهَا ، وَلَا تُرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ كَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْكِبَارِ أَرْضَعَتِ الصَّغِيرَةَ خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، حُرِّمَ الثَّلَاثُ ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِهِنَّ ، فَلَا مَهْرَ لَهُنَّ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهِنَّ ، فَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مَهْرُهَا ، لَا يُرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ ، وَتَحْرُمُ الصَّغِيرَةُ ، وَيُرْجِعُ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ صَدَاقِهَا عَلَى الْمُرْضِعَةِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّهَا الَّتِي حَرَّمَتْهَا عَلَيْهِ ، وَفَسَخَتْ نِكَاحَهَا . وَلَوْ أَرْضَعَتِ الثَّلَاثُ الصَّغِيرَةَ بِلَبَنِ الزَّوْجِ ، فَأَرْضَعَتْهَا كُلُّ وَاحِدَةٍ رَضْعَتَيْنِ ، صَارَتْ يَتَنَّا لَزَوْجِهَا ، فِي الصَّحِيحِ ، وَتَنْفَسِيخُ نِكَاحِهَا ، وَيُرْجِعُ يَنْصِفُ صَدَاقِهَا عَلَيْهَا ، عَلَى الْمُرْضِعَتَيْنِ^(٤٤) الْأُولَتَيْنِ مِنْهُ أَرْبَعَةُ أَتْحَامِيهِ ، وَعَلَى الثَّلَاثَةِ خُمُسُهُ ؛ لِأَنَّ رَضْعَتَهَا الْأُولَى حَصَلَ بِهَا التَّحْرِيمُ ، لِكَمَالِ الْخَمْسِ بِهَا ، وَالثَّانِيَةُ لَا أَثَرَ لَهَا فِي التَّحْرِيمِ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا بِهَا شَيْءٌ ، وَلَا يَنْفَسِيخُ نِكَاحَ الْكَاكِيرِ ، لِأَنَّهُنَّ لَمْ يَصِيرَنَّ أُمَهَاتٍ لَهَا . وَلَوْ كَانَ لِأَمْرَأَتِهِ الْكَبِيرَةِ خَمْسُ بَنَاتٍ ، لَهُنَّ لَبَنٌ ، فَأَرْضَعْنَ أَمْرَأَتَهُ الصَّغِيرَةَ رَضَاعًا تَصِيرُ بِهِ إِحْدَاهُنَّ أُمًّا لَهَا ، لَحُرِّمَتْ أُمُّهَا ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَهَلْ يَنْفَسِيخُ نِكَاحُ الصَّغِيرَةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ أَرْضَعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ الصَّغِيرَةَ رَضْعَةً ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْكَبِيرَةَ لَا تَحْرُمُ بِهِذَا ؛

و ١٧٦/٨

(٤١) فِي مَقَادِيرِ : ٥ : ٤ .

(٤٢) فِي ب : ٥ : ٥ . وَفِي م : ٥ : ٥ .

(٤٣) فِي ١ : ٥ : ٥ .

(٤٤) فِي ب : ٥ : ٥ .

لأنَّ كَوْنَهَا جَدَّةً يَتَنَبَّأُ^(٤٥) عَلَى كَوْنِ ابْنَتِهَا أُمًّا ، وَمَا صَارَتْ وَاحِدَةً مِنْ بَنَاتِهَا أُمًّا ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ تَحْرُمَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ كَمَلَ لَهَا مِنْ بَنَاتِهَا خَمْسُ رَضَعَاتٍ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ لَوْ أَرْضَعَتْهَا بِثَنَاءِ رَضْعَةٍ ، وَبَنَتْ ابْنَتَهَا ثَلَاثَ رَضَعَاتٍ . وَلَوْ كَمَلَ لَهَا مِنْ زَوْجَتِهِ بَلَيْنَةٌ مِنْ أُمِّهِ وَأُخْتِهِ وَابْنَتِهِ وَبَنَتْ^(٤٦) ابْنَتَهُ خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، فَعَلَى الْوَجْهَيْنِ ؛ أَصْحُهُمَا ، لَا يَبْثُثُ تَحْرِيمُهَا . وَفِي الْآخِرِ ، يَبْثُثُ^(٤٧) . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهِنَّ بِمَا غَرِمَ مِنْ صَدَاقِهَا ، عَلَى قَدْرِ رَضَاعِيهِنَّ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِنَّ عَلَى غَدَرِ زَوْسِيهِنَّ ؛ لِكَوْنِ الرُّضَاعِ مُفْسِدًا ، فَيَسْتَوِي قَلْبُهُ وَكَثِيرُهُ ، كَمَا لَوْ طَرَحَ الثَّجَاسَةُ جَمَاعَةً فِي مَائِجٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ التَّحْرِيمَ يَتَعَلَّقُ بِعَدَدِ الرُّضَعَاتِ ، فَكَانَ الضَّمَانُ مُتَعَلِّقًا بِالْعَدَدِ ، بِخِلَافِ الثَّجَاسَةِ / ، فَإِنَّ التَّجْجِيسَ لَا يَتَعَلَّقُ بِقَدْرِ ، فَيَسْتَوِي قَلْبُهُ وَكَثِيرُهُ ؛ لِكَوْنِ^(٤٨) الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ سَوَاءً فِي الْإِنْسَاءِ ، فَتَنْظِيرُ ذَلِكَ أَنْ يَشْرَبَ فِي^(٤٩) الرُّضْعَةِ مِنْ إِحْدَاهُمَا أَكْثَرَ مِمَّا يَشْرَبُ مِنَ الْآخَرَى .

فصل : إذا كانت له زوجة أمة^(٥٠) ، فأرَضَعَتْ أُمَّرَأَتَهُ^(٥١) الصَّغِيرَةَ ، فَحَرَّمْتُهَا عليه ، وَفَسَّخَتْ نِكَاحَهَا ، كَانَ مَا لَزِمَهُ مِنْ صَدَاقِ الصَّغِيرَةِ لَهُ فِي رَقَبَةِ الْأُمَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ جَنَائِزِهَا . وَإِنْ أَرْضَعَتْهُا أُمُّ وَلَدِهِ ، أَفْسَدَتْ نِكَاحَهَا ، وَحَرَّمَتْهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا رَبِيبَةٌ دَخَلَ بِأُمِّهَا ، وَتَحَرَّمَ أُمُّ الْوَلَدِ عَلَيْهِ أَبَدًا ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أُمَّهَاتِ نِسَائِهِ ، وَلَا غَرَامَةَ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ عَلَى سَيِّدِهَا ، فَإِنْ كَانَ قَدْ كَاتَبَهَا ، رَجَعَ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتِبَةَ يَلْزِمُهَا أَرْضُ جَنَائِزِهَا . وَإِنْ أَرْضَعَتْ أُمُّ وَلَدِهِ امْرَأَةً ابْنَهُ بِلَيْتِهِ ، فَفَسَّخَتْ نِكَاحَهَا وَحَرَّمَتْهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا

(۴۵) ل ا ، ب ، م : ا یینی .

(٤٦) في م : و : واية .

(۴۷) ف پ : و ثبت ،

(٤٨) في م : و ليكون .

(۴۹) فی پ : و من ۱ .

(٥٠) مقطع من : ب .

(۵۱) فی' ا : و زوجہ : .

صَارَتْ أُخْتَهُ . وَإِنْ أَرْضَعَتْ زَوْجَةَ أَبِيهِ بَلَيْنَهُ ، حَرَّمَتْهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ بِنْتُ أَيْمِهِ ، وَيَرْجِعُ الْأَبُ عَلَى أَيْمِهِ بِأَقْلٍ الْأُمْرَيْنِ مِمَّا غَرِمَهُ ^(٥٢) لِزَوْجَتِهِ أَوْ قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ جَنَابَةِ أُمِّ وَلَدِهِ . وَإِنْ أَرْضَعَتْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا بِغَيْرِ لَبَنِ سَيِّدِهَا ، لَمْ تُحَرِّمَهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا صَارَتْ بِنْتُ أُمِّ وَلَدِهِ .

١٣٧٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ تَزَوَّجَ بِكَبِيرَةٍ وَصَغِيرَتَيْنِ ، فَأَرْضَعَتِ الْكَبِيرَةُ الصَّغِيرَتَيْنِ ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ الْكَبِيرَةُ ، وَالْفَسَخُ نِكَاحُ الصَّغِيرَتَيْنِ ، وَلَا مَهْرٌ عَلَيْهِ لِلْكَبِيرَةِ ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ صَدَاقِ الصَّغِيرَتَيْنِ ، وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا)

أَمَّا تَحْرِيمُ الْكَبِيرَةِ فَلِأَنَّهَا صَارَتْ مِنْ أُمَمَاتِ النِّسَاءِ ، وَأَمَّا انْفِسَاخُ نِكَاحِ الصَّغِيرَتَيْنِ ، فَلِأَنَّهُمَا صَارَتَا أُخْتَيْنِ ، وَاجْتَمَعَتَا فِي الزَّوْجِيَّةِ ، فَيَنْفَسَخُ نِكَاحُهُمَا ، كَمَا لَوْ ارْتَضَعَتَا ^(٥٣) مَعًا ، وَلَا مَهْرٌ لِلْكَبِيرَةِ ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ جَاءَ مِنْ قِبَلِهَا ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ صَدَاقِ الصَّغِيرَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ نِكَاحَهُمَا ، وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ انْفِسَاخَ نِكَاحِهِمَا لِلْجَمْعِ ، وَلَا يُوجِبُ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا . وَهَذَا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي قُلْنَا : إِنَّهَا إِذَا أَرْضَعَتِ الصَّغِيرَةَ ، اخْتَصَرَ الْفَسَخُ بِالْكَبِيرَةِ . فَأَمَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : يَنْفَسِخُ نِكَاحُهُمَا مَعًا . فَإِنَّهُ يَثْبُتُ نِكَاحُ الْأُخْرَى مِنَ الصَّغِيرَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْكَبِيرَةَ لَمَّا أَرْضَعَتِ الْأُولَى ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُمَا ، ثُمَّ أَرْضَعَتِ ^(٥٤) الْأُخْرَى ، فَلَمْ تَجْتَمِعْ مَعَهَا فِي النِّكَاحِ ، فَلَمْ يَنْفَسِخْ نِكَاحُهَا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حُرِّمَتْ ، وَحُرِّمَتِ الصَّغِيرَتَانِ عَلَى الثَّابِتِ ؛ لِأَنَّهُمَا رَبِيبَتَانِ قَدْ دَخَلَ بِأُمَمِهِمَا .

فصل : فَإِنْ أَرْضَعَتِ الصَّغِيرَتَيْنِ أَجْنَبِيَّةً ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُمَا / أَيْضًا . وَهَذَا قَوْلُ ١٧٧/٩ أَيْ حَنِيفَةَ وَالْمُرْنِيَّ ، وَاحِدٌ ^(٥٥) قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ، وَقَالَ فِي الْآخِرِ : يَنْفَسِخُ نِكَاحُ

(٥٢) ق ب : د غم .

(٥٣) ق الْأَصْلُ : د ارضعا . و ق ب ، م : د ارضعا .

(٥٤) ق إِبْرَاهِيمَ : د الثانية .

(٥٥) ق أ : د وهو أحد .

الأخيرة^(٤) وحدها ؛ لأن سبب البطلان حصل بها ، وهو الجمع ، فاشتباه ما لو تزوج إحدى الأختين بعد الأخرى . ولنا ، أنه جامع بين الأختين في النكاح ، فانفسخ نكاحهما ، كما لو أرضعتهما معاً ، وفارق ما لو عقد على واحدة بعد الأخرى ، فإن عقد الثانية لم يصح ، فلم يصح به جامعاً بينهما ، وهما حصل الجمع برضاع الثانية ، ولا يمكن القول بأنه لم يصح ، فحصلت معاً في نكاحه ، وهما أختان لا محالة .

فصل : وإن أرضعتها بنت الكبيرة ، فالحكم في الفسخ كما لو أرضعتهم^(٥) الكبيرة نفسها ؛ لأن الكبيرة تصير جدة لها ، ولكن الرجوع يكون على المرضعة المفيدة لنكاحهن .

١٣٧٥ - مسألة : قال : (وإن كن^(٦) الأصاغر ثلاثاً ، فأرضعتهم منفردات ، حرمت الكبيرة ، وانفسخ نكاح المرضعتين^(٧) أولاً ، وثبت نكاح آخرهن رضاعاً . فإن أرضعت إحداهن منفردة ، واثنين بعد ذلك معاً ، حرمت الكبيرة ، وانفسخ نكاح الأصاغر ، وتزوج من شاء من الأصاغر . وإن كان دخل بالكبيرة ، حرم الكل عليه على الأبد)

إنما حرمت الكبيرة ؛ لأنها صارت من أمهات النساء ، وانفسخ نكاح المرضعتين أولاً ؛ لأنهما صارتا أختين في نكاحه ، وثبت نكاح الأخيرة^(٨) ؛ لأن رضاعها بعد انفساخ نكاح الصغيرتين اللتين قبلها ، فلم يصادف إخوانها جمعاً في النكاح . وإن أرضعت إحداهن منفردة ، واثنين بعد ذلك معاً ، بأن تلقم كل واحدة منهما ثدياً ،

(٤) في الأصل : الصغيرة . ولى م : الأخيرة .

(٥) لى م : أرضعت .

(٦) على لغة : أكلون الرضعت .

(٧) لى ا : المرضعتين .

(٨) لى ا ، ب : الأخيرة .

فَيَمْتَصَّانِ مَعًا ، أَوْ تُحْلِبُ مِنْ لَبَنِهَا فِي إِنَاءٍ فَتَسْوِيَهُمَا ، ائْتَسَخَ نِكَاحُ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّهُنَّ صَيَّرْنَ أَخَوَاتٍ فِي نِكَاحِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مَنْ شَاءَ مِنَ الْأَصَاغِرِ ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَهُنَّ تَحْرِيمُ جَمْعٍ ، لَا تَحْرِيمُ تَأْيِيدٍ ، فَإِنَّهُنَّ رَبَائِبٌ ^(٤) لَمْ يَدْخُلْ بِأَمِهِنَّ . وَإِنْ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حَرَّمَ الْكُلَّ عَلَى الْأَيْدِ ؛ لِأَنَّهُنَّ رَبَائِبٌ مَدْخُولٌ بِأَمِهِنَّ . هَذَا عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُولَى . وَعَلَى الْأُخْرَى ، لَمَّا أَرْضَعَتِ الْأُولَى ، ائْتَسَخَ نِكَاحُهَا وَنِكَاحُ الْكَبِيرَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا صَارَتْ أُمَمًا ، وَاجْتَمَعَتَا فِي نِكَاحِهِ ، ثُمَّ أَرْضَعَتِ ^(٥) الثَّانِيَةَ ، فَلَمْ يَنْفَسِخْ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّهُمَا مُنْفَرِدَةٌ بِالرُّضَاعِ ^(٦) فِي النِّكَاحِ ^(٧) ، فَلَمَّا أَرْضَعَتِ الثَّالِثَةَ ، صَارَتَا أُخْتَيْنِ ، فَائْتَسَخَ نِكَاحُهُمَا .

/ فصل : فَإِنْ أَرْضَعَتْهُنَّ بَنَتُ الْكَبِيرَةِ ، فَهُوَ كَالْوَأْدِ أَرْضَعَتْهُنَّ أُمَمًا . وَإِنْ ^(٨) كَانَ لَهَا ثَلَاثُ بَنَاتٍ ، فَأَرْضَعَتْ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ زَوْجَةً مِنَ الْأَصَاغِرِ ، حُرِّمَتِ الْكَبِيرَةُ بِالرُّضَاعِ أَوْلَاهُنَّ ، وَرَجَعَ عَلَى مُرْضِعَتِهَا بِمَا لَزِمَهُ مِنْ مَهْرِهَا ؛ لِأَنَّهُمَا أَفْسَدَتْ نِكَاحَهَا ، وَلَا يَنْفَسِخُ نِكَاحُ الْأَصَاغِرِ ؛ لِأَنَّهُنَّ لَمْ يَصِيرْنَ أَخَوَاتٍ ، وَإِنَّمَا هُنَّ بَنَاتٌ ^(٩) خَالَاتٌ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، يَنْفَسِخُ نِكَاحُ الْمُرْضِعَةِ الْأُولَى ؛ لِاجْتِمَاعِهَا مَعَ جَدَّتِهَا فِي النِّكَاحِ ، وَيُثْبِتُ نِكَاحُ الْأُخَيْرَتَيْنِ ، وَرَجَعَ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ مَهْرِ الَّتِي فَسَدَتْ ^(١٠) نِكَاحُهَا عَلَى الَّتِي أَرْضَعَتْهَا . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حَرَّمَ الْكُلَّ عَلَيْهِ عَلَى الْأَيْدِ ، وَرَجَعَ عَلَى ^(١١) كُلِّ وَاحِدَةٍ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ مَهْرِ ^(١٢) الَّتِي أَرْضَعَتْهَا . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَرْجِعُ بِمَهْرِ الْكَبِيرَةِ . رَجَعَ بِهِ عَلَى الْمُرْضِعَةِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّهُمَا الَّتِي أَفْسَدَتْ نِكَاحَهَا .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥) ق م : أَرْضَعَتْ .

(٦-٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٧) ق م : وَلَوْ .

(٨) ق ب : أُمَمَاتُ .

(٩) ق ب : ائْتَسَخَ .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١١) ق الْأَصْلُ : الْمَهْرُ .

١٣٧٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا شَهِدَتْ امْرَأَةٌ وَاحِدَةً عَلَى الرِّضَاعِ ، حَرَّمَ التَّكَاحَ إِذَا كَانَتْ مَرْضِيَّةً . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةً أُخْرَى : إِنْ كَانَتْ مَرْضِيَّةً اسْتَحْلَفْتُ ، فَإِنْ كَانَتْ كَاذِبَةً ، لَمْ يَحِلَّ الْخَوْلُ حَتَّى تَبَيَّنَ نَدْيَاهَا ، وَذَهَبَ فِي ذَلِكَ إِلَى قَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ^(١))

وجملة ذلك أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع ، إذا كانت مرضية . وهذا قال طائوس ، والزهرى ، والأوزاعي ، وابن أبي ذئب ، وسعيد بن عبد العزيز . وعن أحمد ، رواية أخرى : لا يقبل إلا شهادة امرأتين . وهو قول الحكم ؛ لأن الرجال أكمل من النساء ؛ ولا يقبل ^(٢) (إلا شهادة) رجلين ، فالتساء أولى . وعن أحمد ، رواية ثالثة ، أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة ، وتستحلف مع شهادتها . وهو قول ابن عباس ، وإسحاق ؛ لأن ابن عباس قال ، في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلاً وأهله ، فقال : إن كانت مرضية ، استحلقت ، وفارق أمرائه ^(٣) . وقال : إن كانت كاذبة ، لم يحل الخول حتى تبين نديها ^(٤) . يعنى يصببها فيها برص ، عقوبة على كذبها . وهذا لا يقتضيه قياس ، ولا يهتدى إليه رأى ، فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفاً . وقال عطاء ، وقتادة ، والشافعى : لا يقبل من النساء أقل من أربع ؛ لأن كل امرأتين كرجل . وقال أصحاب الرأى : لا يقبل فيه إلا رجلان ، أو رجل وامرأتان . وروى ذلك عن عمر ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ ^(٥) . ولنا ، ما روى غفبة بن الحارث ، قال : تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب ، فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعْتُكُمَا . فأنثى النبي ﷺ ، فذكرت

١٧٨/٨ و

(١) في الأصل ، ا ، ب : عنه .

(٢-٣) سقط من : ب .

(٣) في الأصل : أهله .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب شهادة امرأة على الرضاع ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٨٢/٧ ، ٤٨٣ .

(٥) سورة البقرة ٢٨٢ .

ذلك له ، فقال : « وَكَيْفَ ، وَقَدْ رَعَمْتَ ذَلِكَ ا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . وفي لفظ رَوَاهُ
النَّسَائِيُّ ، قال : فَأَتَيْتُهُ مِنْ قَبْلِ وَجْهِهِ ، فَقُلْتُ : إِنَّهَا كَاذِبَةٌ . قال : « كَيْفَ ، وَقَدْ
رَعَمْتَ أَنَّهَا قَدْ أَرْضَعَتْكُمْ ا حَلَّ سَبِيلَهَا » . وهذا يدلُّ على الاكتفاء بالمرأة الواحدة .
وقال الزُّهْرِيُّ : فَرَّقَ بَيْنَ أَهْلِ آيَاتٍ فِي زَمَنِ عُثْمَانَ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ فِي الرِّضَاعِ ^(٧) . وقال
الأَوْزَاعِيُّ : فَرَّقَ عُثْمَانُ بَيْنَ أَرْبَعَةٍ وَبَيْنَ نِسَائِهِمْ ، بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ ^(٨) فِي الرِّضَاعِ ^(٩) .
^(١٠) وقال الشَّعْبِيُّ : كَانَتْ الْقَضَاءُ يُفَرِّقُونَ ^(١١) بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ، بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ فِي
الرِّضَاعِ ^(١٢) . ولأنَّ هَذَا شَهَادَةٌ عَلَى عَوْرَةٍ ، فَيُقْبَلُ ^(١٣) فِيهِ ^(١٤) شَهَادَةُ النِّسَاءِ الْمُتَفَرِّدَاتِ ،
كَالْوَلَادَةِ . وعلى الشافعي ، بأنه مَعْنَى يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُ النِّسَاءِ الْمُتَفَرِّدَاتِ ، فَيُقْبَلُ ^(١٥) فِيهِ
شَهَادَةُ ^(١٦) الْمَرْأَةِ الْمُتَفَرِّدَةِ ، كَالْحَبْرِ .

فصل : ويُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ ^(١٧) الْمُرْضِيعَةِ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهَا ؛ لما ذكرنا من حديث
عُقْبَةَ ، ^(١٨) من أن ^(١٩) الأُمَّةَ السُّودَاءَ قَالَتْ : قد أَرْضَعْتُكُمْ . فَقَبِلَ النَّبِيُّ ﷺ
شَهَادَتَهَا . ولأنَّه فِعْلٌ لَا يَحْصُلُ لَهَا بِهِ نَفْعٌ مَقْصُودٌ ، وَلَا تَدْفَعُ عَنْهَا بِهِ ضَرَرًا ، فَقَبِلَتْ
شَهَادَتُهَا بِهِ ، كَفِعْلِ غَيْرِهَا . فإن قيل : فَإِنَّهَا تَسْتَبِيحُ الْحُلُوبَةَ بِهِ ، وَالسُّفْرَ مَعَهُ ، وَتَصِيرُ
مَحْرَمًا لَهُ . قلنا : ليس هذا من الْأُمُورِ الْمَقْصُودَةِ ، الَّتِي تُرَدُّ بِهَا الشَّهَادَةُ ، أَلَا تَرَى أَنَّ

(٦) تقدم ترجمته ، في صفحة ٣١٠ .

(٧) أخرجه ، عن الزُّهْرِيِّ ، عبد الرزاق ، في : باب شهادة امرأة على الرضاع ، من كتاب الطلاق . المصنف
٤٨٢/٧ .

(٨) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٩-٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٠) في م : « تفرق » .

(١١) في م : « قبيل » .

(١٢) في م : « فيها » .

(١٣) في م : « قبيل » .

(١٤-١٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٥-١٥) في م : « ولأن » .

رَجُلَيْنِ لَوْ شَهِدَا أَنْ فَلَانًا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ ، وَأَعْتَقَ أَمَتَهُ ، قُبِلَتْ ^(١٦) شَهَادَتُهُمَا ، وَإِنْ كَانَ يَجِلُّ لهما نِكَاحُهُمَا بِذَلِكَ .

فصل : وَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الرِّضَاعِ إِلَّا مُفسَّرَةً ، فَلَوْ قَالَتْ : أَشْهَدُ أَنَّ هَذَا ابْنُ هَذِهِ مِنَ الرِّضَاعِ . لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الرِّضَاعَ الْمُحَرَّمَ يَخْتَلِفُ النَّاسُ فِيهِ ، مِنْهُمْ مَنْ يُحَرِّمُ بِالْقَلِيلِ ^(١٧) ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُحَرِّمُ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ ، فَلَزِمَ الشَّاهِدَ تَبْيِينَ كَيْفِيَّتِهِ ، لِیَحْكُمَ الْحَاكِمُ فِيهِ بِاجْتِهَادِهِ ، فَيَحْتَاجُ الشَّاهِدُ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّ هَذَا ارْتَضَعَ مِنْ ثَدْيِ هَذِهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ^(١٨) ، خَلَصَ اللَّبَنُ فِيهِنَّ ^(١٩) إِلَى جَوْفِهِ ، فِي الْحَوْلَيْنِ . فَإِنْ قِيلَ : خُلُوصُ اللَّبَنِ إِلَى جَوْفِهِ لَا طَرِيقَ لَهُمْ ^(٢٠) إِلَى مُشَاهَدَتِهِ ، فَكَيْفَ تَجُوزُ الشَّهَادَةُ ؟ قُلْنَا : إِذَا عَلِمَ أَنَّ هَذِهِ / الْمَرْأَةَ ذَاتُ لَبَنِ ، وَرَأَى الصَّبِيَّ قَدْ اتَّقَمَ ثَدْيِهَا ، وَحَرَكَ فَمَهُ فِي الْإِمْتِصَاصِ ، وَخَلَقَهُ فِي ^(٢١) الْاجْتِرَاعِ ، حَصَلَ ظَنٌّ يَقْرُبُ إِلَى الْيَقِينِ أَنَّ اللَّبَنَ قَدْ وَصَلَ إِلَى جَوْفِهِ ، وَمَا يَتَعَدَّرُ الْوُقُوفُ عَلَيْهِ بِالمُشَاهَدَةِ ، اكْتَفَى فِيهِ بِالظَّاهِرِ ^(٢٢) ، كَالشَّهَادَةِ بِالْجِلْدِ ، وَثُبُوتِ الدِّينِ فِي الدِّمَةِ ، وَالشَّهَادَةِ عَلَى النَّسَبِ بِالِاسْتِيفَاضَةِ . وَلَوْ قَالَ الشَّاهِدُ : أَدْخَلْتُ رَأْسَهُ تَحْتَ ثِيَابِهَا ، وَاتَّقَمَ ثَدْيِهَا . لَا ^(٢٣) يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَدْخُلُ رَأْسَهُ وَلَا يَأْخُذُ الثَّدْيَ ، وَقَدْ يَأْخُذُ الثَّدْيَ وَلَا يَمصُّ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : أَشْهَدُ أَنَّ هَذِهِ ارْتَضَعَتْ هَذَا . فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَكْتَفَى بِهِ ^(٢٤) فِي ثُبُوتِ أَصْلِ الرِّضَاعِ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ الَّتِي قَالَتْ : قَدْ ارْتَضَعْتُكُمَا . اكْتَفَى بِقَوْلِهَا .

(١٦) فِي م : قَبِلَ .

(١٧) فِي ب : الْقَلِيلُ .

(١٨) فِي أ : مَفْرُودَاتُ .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٢٠) فِي م : لَهُ .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٢) فِي م : بِالظَّاهِرَةِ .

(٢٣) فِي أ : لَمْ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : م .

١٣٧٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً ^(١)) ، ثُمَّ قَالَ قَبْلَ الدُّخُولِ : هِيَ
أُحْبَبِي مِنَ الرِّضَاعَةِ . الْفَسَخُ النِّكَاحُ ، فَإِنْ صَدَّقَتْهُ الْمَرْأَةُ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا ^(٢) ، وَإِنْ
أَكْذَبَتْهُ ^(٣) ، فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ)

وجملته أن الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة ^(٤) ، انفسخ نكاحه ، ويفرق
بينهما . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا قال : وَهَمْتُ ، أو أَخْطَأْتُ . قِيلَ
قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ ذَلِكَ يَتَضَمَّنُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا نِكَاحٌ ، وَلَوْ جَحَدَ النِّكَاحَ ، ثُمَّ أَقْرَبَهُ ،
قِيلَ ، كَذَلِكَ ^(٥) هُنَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَقْرَبَ بِمَا يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَهَا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَقْبَلْ رُجُوعَهُ عَنْهُ ،
كَأَلَوْ أَقْرَبَ بِالطَّلَاقِ ثُمَّ رَجَعَ ، أَوْ أَقْرَبَ أَنَّ أُمَّتَهُ أخته من النسب ، وما قاسوا عليه غير مسلمٍ ،
وهذا الكلام في الحكم ، فأما فيما بينه وبين ربه ، فَيَتَبَيَّنُ ذَلِكَ عَلَى عِلْمِهِ بِصِدْقِهِ ^(٦) ، فَإِنْ
عَلِمَ ^(٧) أَنَّ الْأَمْرَ كَمَا قَالَ ، فَهِيَ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ، وَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ عَلِمَ كَذِبَ نَفْسِهِ ،
فَالنِّكَاحُ بَاقٍ بِحَالِهِ ، وَقَوْلُهُ كَذَبَ لَا يُحَرِّمُهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَرَّمَ حَقِيقَةُ الرِّضَاعِ ، لَا
الْقَوْلَ . وَإِنْ شَكَّ فِي ذَلِكَ ، لَمْ تُزَلَّ عَنْ اليَقِينِ بِالشُّكِّ . وَقِيلَ فِي جِلْهَالِهِ إِذَا عَلِمَ كَذِبَ
نَفْسِهِ رَوَاتَانِ . وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ كَذِبًا ، لَمْ يَتَّبِعِ التَّحْرِيمَ ، كَمَا
لَوْ قَالَ لَهَا وَهِيَ أَكْبَرُ مِنْهُ : هِيَ ابْنَتِي مِنَ الرِّضَاعَةِ . إِذَا تَبَيَّنَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ قَبْلَ
الدُّخُولِ ، وَصَدَّقَتْهُ الْمَرْأَةُ ، فَلَا شَيْءَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ ^(٨) النِّكَاحَ فَاسِدٌ مِنْ
أَصْلِهِ ^(٩) ، لَا يُسْتَحَقُّ فِيهِ مَهْرٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَبَيَّنَ ذَلِكَ بَيِّنَةً ، وَإِنْ أَكْذَبَتْهُ ، فَالْقَوْلُ

(١) في ب : امرأة .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في ا ، ب ، م : كذبت .

(٤) في ا : الرضاع .

(٥) في إعادة : أيضا .

(٦-٦) في ب : فإنه أعلم .

(٧) سقط من : ب ، م .

(٨) سقط من : ب .

١٧٩/٨ قولها ؛ لأنَّ قوله غير مقبول عليها في إسقاط^(٩) حقوقها ، فلزمه إقراره / فيما هو حق له ، وهو تحريمها عليه ، وفسخ نكاحه ، ولم يقبل قوله فيما عليه من المنهر .

فصل : وإن قال : هي عمتي ، أو خالتي أو ابنة أخي أو أختي أو أمي من الرضاع . وأمكن صيدقه ، فالحكم فيه كالو قال : هي أختي . وإن لم يمكن صيدقه ، مثل أن يقول لأصغر منه أو مثله : هذه^(١٠) أمي . أو لأكبر منه أو لمثله^(١١) : هذه ابنتي . لم تحرم عليه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو يوسف ومحمد : تحرم عليه ؛ لأنه أقر^(١٢) بما يُحرمها عليه ، فوجب أن يقبل ، كالو أمكن . ولنا ، أنه أقر بما تحقق^(١٣) كذبه فيه ، فأشبهه ما لو قال : أرضعتني وإبناها حواء . أو كالو قال : هذه حواء . وما ذكروه منتقض بهذه الصور ، ويقار^(١٤) إذا أمكن ، فإنه لا يتحقق كذبه ، والحكم في الإقرار بقراءة من النسب تحريمها عليه ، كالحكم في الإقرار بالرضاع ؛ لأنه في معناه .

فصل : إذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع ، فأنكرته ، فشهدت بذلك أمه أو ابنته ، لم تقبل شهادتهما ؛ لأنَّ شهادة الوالدة لولدها^(١٥) والولدة لوالدها^(١٦) غير مقبولة . وإن شهدت بذلك أمها أو ابنتها ، قبلت . وعنه ، لا يقبل ؛ بناء على شهادة الوالد على ولده والولد على والده . وفي ذلك روايتان . وإن ادعت ذلك المرأة ، وأنكره الزوج ، فشهدت لها أمها أو ابنتها ، لم تقبل ، وإن شهدت لها أم الزوج أو ابنته ، فعلى روايتين .

١٣٧٨ - مسألة ؛ قال : (وإن كانت المرأة هي التي قالت : هو أخي من الرضاغة . فأكذبها ، ولم تأت بالبينة على ما وصفت ، فهي زوجته في الحكم)

(٩) ل ب : سقط .

(١٠) ق م : هي .

(١١) ق ا : مثله .

(١٢) ق ا ، م : إقرار .

(١٣) ق الأصل : يتحقق .

(١٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٥-١٦) ق م : والوالد لولده .

وجعلته أن المرأة إذا أقرت أن^(١) زوجها أخوها من الرضاعة ، فأكذبها ، لم يقبل قولها في فسخ النكاح ؛ لأنه حق عليها ، فإن كان قبل الدخول ، فلا مهر لها ؛ لأنها تفر بائنها لا تستحقه ، فإن كانت قد قبضته ، لم يكن للزوج أخذه منها ؛ لأنه يفر بأنه حق لها ، وإن كان بعد الدخول ، فأقرت أنها كانت عالة بائنها أخته وتحريمها^(٢) عليه ، ومطأوعة له في الوطء ، فلا مهر لها أيضا ، لإقرارها بائنها زانية مطأوعة ، وإن أكرت شيئا من ذلك ، فلها المهر ؛ لأنه وطء بشبهة ، وهي زوجته في ظاهر الحكم ؛ لأن قولها عليه^(٣) غير مقبول ، فأما فيما^(٤) بينها وبين الله تعالى / ، فإن علمت صيحة ما أقرت به ، لم يحل لها مساكنته وتمكيته من وطئها ، وعليها أن تفر منه ، وتفتدي نفسها بما أمكنها ؛ لأن وطأها لها زنى ، فعلها التحلص منه مهما أمكنها ، كما قلنا في التي علمت أن زوجها طلقها ثلاثا ، وجحد هذا ذلك . وينبغي أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الأمرين من المسمى أو مهر العتق ؛ لأنه إن كان المسمى أقل ، فلا يقبل قولها في وجوب زائد عليه ، وإن كان الأقل مهر المثل ، لم تستحق أكثر منه ؛ لا غيرا فيها بأن استحقاقها له بوطئها بالعقد ، فلا تستحق أكثر منه . وإن كان إقرارها بأخوته قبل النكاح ، لم يجز لها نكاحه ، ولا يقبل رجوعها عن إقرارها ، في ظاهر الحكم ؛ لأن إقرارها لم يصادف زوجة عليها يطلها ، فقبل إقرارها على نفسها بتحريمه عليها . وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاع ، أو محرمة عليه برضاع أو غيره ، وأمكن صدقه ، لم يحل له تزوجها^(٥) فيما بعد ذلك ، في ظاهر الحكم ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى ، فيثبت على علمه بحقيقة الحال ، على ما ذكرناه .

فصل : وإن ادعى أحد الزوجين على الآخر ، أنه أقر أنه^(٦) أخو صاحبه من

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : وتحريمها .

(٣) سقط من : ب .

(٤) في ا ، ب : تزويجها .

(٥) سقط من : م .

الرَّضَاعُ ، فَأَنْكَرَ ، لَمْ يُقَبَّلْ فِي ذَلِكَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ الْمُتَفَرِّدَاتِ : لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَى الْإِقْرَارِ ، وَالْإِقْرَارُ مِمَّا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ ، فَلَمْ يَحْتَجْ فِيهِ إِلَى شَهَادَةِ النِّسَاءِ الْمُتَفَرِّدَاتِ ، فَلَمْ يُقَبَّلْ ذَلِكَ ، بِخِلَافِ الرِّضَاعِ نَفْسِهِ .

فصل : كَرِهَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْارْتِضَاعَ بِلَبَنِ الْفُجُورِ وَالْمُشْرِكَاتِ . وَقَالَ عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : اللَّبَنُ يُشْبِهُ^(٦) ، فَلَا تُسْقَى^(٧) مِنْ يَهُودِيَّةٍ وَلَا نَصْرَانِيَّةٍ وَلَا زَانِيَةٍ^(٨) . وَلَا يُقَبَّلُ^(٩) أَهْلُ الدِّمَةِ الْمُسْلِمَةِ ، وَلَا يَرَى شُعُورُهُنَّ . وَلَئِنْ لَبَنَ الْفَاجِرَةَ رُبَّمَا أَقْضَى إِلَى شَبِّهِ الْمُرْضِيعَةِ فِي الْفُجُورِ ، وَيَجْعَلُهَا أُمًّا لَوَلَدِهِ ، فَيَتَغَيَّرُ بِهَا ، وَيَتَضَرَّرُ طَبْعًا وَتَعْيِيرًا ، وَالْارْتِضَاعُ مِنَ الْمُشْرِكَةِ يَجْعَلُهَا أُمًّا ، لَهَا حُرْمَةُ الْأُمِّ مَعَ شِرْكِهَا ، وَرُبَّمَا مَالَ إِلَيْهَا فِي مَحَبَّةٍ دِينِهَا . وَيُكْرَهُ الْارْتِضَاعُ بِلَبَنِ الْحَمَقَاءِ ، كَيْلَا يُشَبِّهَهَا الْوَلَدُ فِي الْحَقِيقِ ، فَإِنَّهُ يُقَالُ : إِنَّ الرِّضَاعَ يُغَيِّرُ الطَّبَاعَ . وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

(٦) في أ ، ب ، م : « يشبهه » .

(٧) في ب ، م : « تستقى » .

(٨) انظر : السنن الكبرى ٤٦٤/٧ ، وسنن سعيد بن منصور ١١٦/٢ .

(٩) من القباله ، وهي استقبال الولد عند الولادة .

نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ واجبة بالكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكُلْفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا ﴾ (١) . ومعنى : ﴿ قُدِرَ عَلَيْهِ ﴾ أى : ضيق عليه . ومنه قوله سبحانه : ﴿ يَسْطُرُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ وَيَقْدِرُ ﴾ (٢) . أى : يُوسِّعُ لِمَنْ (٣) يَشَاءُ ، وَيَضَيِّقُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ . وقال الله تعالى : ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ (٤) . وأما السنة فما رَوَى جابر ، أن رسول الله ﷺ حَطَبَ النَّاسَ ، فقال : « اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ ، فَإِنَّهُنَّ عَوَائِنُ عِنْدَكُمْ ، أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ (٥) بِكَلِمَةِ اللَّهِ » ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكُسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » . رواه مسلم ، وأبو داود (٦) ، ورواه الترميذى (٧) ، بإسناده عن عمرو بن الأحرص ، وقال (٨) : « أَلَا إِنَّ لَكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ حَقًّا ، وَلِنِسَائِكُمْ عَلَيْكُمْ حَقًّا ؛ فَأَمَّا حَقُّكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ ، فَلَا يُوطِئَنَّ فُرُوشَكُمْ مَنْ تَكْرَهُونَ ، وَلَا يَأْذَنَنَّ فِي بُيُوتِكُمْ لِمَنْ تَكْرَهُونَ ، أَلَا وَحَقُّهُنَّ عَلَيْكُمْ أَنْ

(١) سورة الطلاق ٧ .

(٢) سورة الرعد ٢٦ .

(٣) م : ١ : على من .

(٤) سورة الأحزاب ٥٠ .

(٥-٥) م : ١ : بكلمات الله . ولم يرد لفظ الجلالة في : ب ، م .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ١٥٦/٥ .

(٧) في : باب ما جاء في حق المرأة على زوجها ، من أبواب الرضاع ، ولى : باب ومن سورة التوبة ، من أبواب التفسير .

عارضة الأحوذى ٥ / ١١١ ، ٢٢٧/١١ - ٢٣٠ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب حق المرأة على الزوج ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٥٩٤/١ .

(٨) سقطت الواو من : ب ، م .

تُحْسِنُوا إِلَيْهِنَّ فِي كُسُوتِهِنَّ وَطَعَامِهِنَّ» . وقال : هذا حديث حسن صحيح . وجاءت هُنا إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إن أبا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَجِيحٌ ، وليس يُعْطِينِي مِنَ الثَّقَةِ مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي . فقال : « تُحْذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وفيه دلالة على وَجُوبِ الثَّقَةِ لها على زَوْجِها ، وأن ذلك مُقَدَّرٌ بِكِفَايَتِها ، وأن نَفَقَةَ وَلَدِها عليه دُونَها مُقَدَّرٌ بِكِفَايَتِهِمْ ، وأن ذلك بِالْمَعْرُوفِ ، وأن لها أن تَأْخُذَ ذلك بِنَفْسِها من غير عِلْمِها إذا لم يُعْطِها إِيَّاه . وأما الإِجْمَاعُ ، فَاتَّفَقَ أَهْلُ الْعِلْمِ على وَجُوبِ نَفَقَاتِ الزَّوْجَاتِ على أَزْوَاجِهِنَّ ، إذا كانوا بِالْغَيْنِ ، إِلَّا النَّاشِئَ مِنْهُنَّ . ذَكَرَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَغَيْرُهُ . وفيه ضَرْبٌ مِنَ الْبَيِّنَةِ ، وَهُوَ أَنَّ الْمَرْأَةَ مُحْبُوسَةٌ عَلَى الزَّوْجِ ، يَمْنَعُها مِنَ التَّصَرُّفِ وَالْاِكْتِسَابِ ، فَلَا يَدُّ مِنْ أَنْ يَنْتَفِقَ عَلَيْها ، كَالْعَبْدِ مع سَيِّدِهِ .

١٨٠/٨ ظ ١٣٧٩ - مسألة : قال أبو القاسم ، رَجَحَهُ اللهُ تَعَالَى : (وَعَلَى الزَّوْجِ / نَفَقَةُ زَوْجِيهِ ، مَا لَا غِنَى ^(١) بِهَا عَنْهُ) ، وَكُسُوتُها)

وجملة الأمر أن المرأة إذا سَلِمَتْ نَفْسَها إلى الزَّوْجِ ، على التَّوَجُّهِ الواجبِ عَلَيْها ، فلها عليه جميع حاجَتِها : من مَأْكُولٍ ، وَمَشْرُوبٍ ^(٢) ، وَمَلْبُوسٍ ، وَمَسْكَنِ . قال أصحابنا : وَنَفَقَتُها مُعْتَبَرَةٌ بِحَالِ الزَّوْجَيْنِ جَمِيعًا ؛ فَإِنْ كانا مُوسِرَيْنِ ، ^(٣) فعَلَيْهِ لها ^(٤) نَفَقَةُ الْمُوسِرَيْنِ ،

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب من أجرى أمر الأمصار على ما يجارون ... ، من كتاب البيوع ، وفي : باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكتفيها ولدها بالمعروف ، من كتاب النفقات . صحيح البخاري ١٠٣/٣ ، ٨٥/٢ . ومسلم ، في : باب قضية هند ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٣٨/٣ ، ١٣٣٩ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٩/٢ ، ٢٦٠ . والنسائي ، في : باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢١٦/٨ . وابن ماجه ، في : باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ . والدارمي ، في : باب في وجوب نفقة الرجل على أهله ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٩/٢ .

(١) في ١ ، ب : غناه .

(٢) سقط من ١ .

(٣-٢) في م : فلها عليه .

وإن كانا مُعْصِرَيْن ، فعليه نفقة المُعْصِرَيْن ، وإن كانا مُتَوَسِّطَيْن ، فلها عليه نفقة المُتَوَسِّطَيْن ، وإن كان^(٤) أخذهما مُوسِرًا ، والآخر مُعْصِرًا ، فعليه نفقة المُتَوَسِّطَيْن ، أيهما كان المُوسِر . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يُعْتَبَرُ حَالُ الْمَرْأَةِ عَلَى قَدَرِ كِفَايَتِهَا ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٥) . والمَعْرُوفُ الكِفَايَةُ ، ولأنه سَوَّى بَيْنَ الثَّفَقَةِ وَالْكُسْوَةِ ، وَالْكُسْوَةُ عَلَى قَدَرِ حَالِهَا ، فَكَذَلِكَ الثَّفَقَةُ ، وقال النَّبِيُّ ﷺ لِهَنْدٍ : « نَحْذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ »^(٦) . فَاعْتَبَرَ كِفَايَتُهَا دُونَ حَالِ زَوْجِهَا ، وَلَئِنْ تَفَقَّتْهَا وَاجِبَةٌ لَدَفْعِ حَاجَتِهَا ، فَكَانَ الْاِعْتِبَارُ بِمَا تُنْذِفُ بِهِ حَاجَتُهَا ، دُونَ حَالِ مَنْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ ، كَتَفَقُّةِ الْمَالِيكِ ، وَلَئِنْ وَاجِبٌ لِلْمَرْأَةِ عَلَى زَوْجِهَا بِحُكْمِ الزَّوْجِيَّةِ لَمْ يَقْدَرْ ، فَكَانَ مُعْتَبَرًا بِهَا ، كَمَهْرِهَا وَكُسْوَتِهَا . وقال الشافعي : الْاِعْتِبَارُ بِحَالِ الزَّوْجِ وَحْدَهُ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ لِيُتَفَقَّ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءَهَا ﴾^(٧) . وَلَنَا ، أَنَّ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ جَمْعًا بَيْنَ الدَّلِيلَيْنِ ، وَعَمَلًا بِكِلَا النُّصَبَيْنِ ، وَرِعَايَةً لِّكِلَا الْجَانِبَيْنِ ، فَيَكُونُ أَوْلَى .

فصل : وَالثَّفَقَةُ مُقَدَّرَةٌ بِالْكَفَايَةِ ، وَتُخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ مَنْ نَجِبُ لَهُ الثَّفَقَةُ فِي مِقْدَارِهَا . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال القاضي : هِيَ مُقَدَّرَةٌ بِمِقْدَارِ لَا يَخْتَلِفُ فِي الْقِلَّةِ وَالكَثَرَةِ ، وَالْوَاجِبُ رِطْلَانِ مِنَ الْخُبْزِ فِي كُلِّ يَوْمٍ ، فِي حَقِّ الْمُوسِرِ وَالْمُعْصِرِ ، اِعْتِبَارًا بِالْكَفَارَاتِ ، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ فِي صِفَتِهِ وَجُودَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُوسِرَ وَالْمُعْصِرَ سَوَاءٌ فِي قَدْرِ الْمَأْكُولِ ، وَمَا^(٨) تَقُومُ بِهِ الْبُنْيَةُ ، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ فِي جُودَتِهِ ، فَكَذَلِكَ الثَّفَقَةُ الْوَاجِبَةُ . وقال الشافعي : ثَفَقَةُ الْمُقْتَرِ مُدٌّ بِمُدِّ النَّبِيِّ ﷺ لِأَنَّ^(٩) أَقْلَ مَا يَنْدَفَعُ فِي^(١٠)

(٤) في ١ ، ب ، م : « كانا » . .

(٥) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

(٧) سورة الطلاق ٧ .

(٨) في الأصل ، م : « وفيه » . وفي ب : « أو ما » .

(٩) سقط من : ب .

الكفارة إلى الواحد مُدٍّ . والله سبحانه اُغْتَبِرَ الكَفَّارَةَ بِالثَّفَقَةِ عَلَى الْأَهْلِ ، فقال سبحانه : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ ^(١٠) . وعلى المُوسِرِ مُدَّانٍ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا أَوْجَبَ اللَّهُ سبحانه للواحد مُدَّيْنِ فِي كَفَّارَةِ الْأَذَى ، وعلى الْمُتَوَسِّطِ مُدٌّ وَنِصْفٌ ، وَنِصْفُ ^(١١) ثَفَقَةِ / المُوسِرِ ^(١٢) وَنِصْفُ ثَفَقَةِ الْفَقِيرِ ^(١٣) . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِهَنْدٍ : « تُحْذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ » . فَأَمَرَهَا بِأَخْذِ مَا يَكْفِيهَا مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرٍ ، وَرَدُّ الْاجْتِهَادِ فِي ذَلِكَ إِلَيْهَا ، وَمِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّ قَدْرَ كِفَايَتِهَا لَا يَتَحَصَّرُ فِي الْمُدَّيْنِ ، بِحَيْثُ لَا يَزِيدُ عَنْهُمَا وَلَا يَنْقُصُ ، وَلَئِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقال النَّبِيُّ ﷺ : « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » ^(١٤) . وَإِجَابَةُ أَقْلٍ مِنَ الْكِفَايَةِ مِنَ الرِّزْقِ تَرْكُ الْمَعْرُوفِ ، وَإِجَابَةُ قَدْرِ الْكِفَايَةِ ، وَإِنْ كَانَ أَقْلٌ مِنْ مُدٍّ أَوْ مِنْ رَطَلٍ يُخْبِرُ ، إِنْفَاقُ ^(١٥) بِالْمَعْرُوفِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ هُوَ الْوَاجِبُ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ . وَاعْتِبَارُ الثَّفَقَةِ بِالْكَفَّارَةِ فِي الْقَدْرِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ لَا تَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ ، وَلَا هِيَ مُقَدَّرَةٌ بِالْكِفَايَةِ ^(١٦) ، وَإِنَّمَا اُغْتَبِرَهَا الشَّرْعُ بِهَا فِي الْجِنْسِ دُونَ الْقَدْرِ ، وَهَذَا لَا يَجِبُ فِيهَا الْأَذَمُّ ^(١٧) .

فصل : لَا يَجِبُ فِيهَا الْحَبُّ . وقال الشافعي : الْوَاجِبُ فِيهَا الْحَبُّ ، اِعْتِبَارًا بِالْإِطْعَامِ فِي الْكَفَّارَةِ ، حَتَّى لَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا دَقِيقًا أَوْ سَوِيقًا أَوْ خُبْزًا ، لَمْ يَلْزَمْهَا قَبُولُهُ ، كَمَا لَا

(١٠) سورة المائدة ٨٩ .

(١١) في م : « وَنِصْفٌ » .

(١٢) في الأصل : « لِلْمَسْرِ » .

(١٣) في ١ : « الْمُقْتَرِ » .

(١٤) تقدم تحريمه في : ١٥٦/٥ .

(١٥) في اِنْدَادٍ : « بِالْكَفَايَةِ » .

(١٦) في م : « بِالْكَفَّارَةِ » .

(١٧) الأذم : « مَا يَسْتَمِرُّ بِهِ الْخَيْرُ » .

يَلْزَمُ ذَلِكَ الْمُسْكِينَ فِي الْكُفَّارَةِ . قَالَ بَعْضُهُمْ : يَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ
وَأَنْ تَرْضَايَا ؛ لِأَنَّهُ يُبْعَ جُطْءٌ بِجَنْسِيهَا ^(١٨) مُتَفَاضِلًا . وَلَنَا ، قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، فِي قَوْلِهِ
تَعَالَى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ . قَالَ : الْخُبْزُ وَالزَّيْتُ . وَعَنْ ابْنِ عَمْرٍ :
الْخُبْزُ وَالسَّمْنُ ، وَالْخُبْزُ وَالزَّيْتُ ، وَالْخُبْزُ وَالزَّيْتُ ، وَمِنْ أَفْضَلِ مَا تُطْعَمُونَهُنَّ الْخُبْزُ وَاللَّحْمُ .
فَقَسَّرَ إِطْعَامَ الْأَهْلِ بِالْخُبْزِ مَعَ غَيْرِهِ مِنَ الْأَذْمِ . وَلِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِالْإِتْفَاقِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ
تَقْيِيدٍ وَلَا تَقْدِيرٍ ، فَوَجِبَ أَنْ يُرَدَّ إِلَى الْعُرْفِ ، كَمَا فِي الْقَبْضِ وَالْإِخْرَازِ ، وَأَهْلُ الْعُرْفِ إِنَّمَا
يَتَعَارَفُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ فِي الْإِتْفَاقِ عَلَى أَهْلِيهِمُ الْخُبْزَ وَالْأَذْمَ ، دُونَ الْحَبِّ ، وَالنَّبِيِّ ﷺ
وَصَحَابَتِهِ إِنَّمَا كَانُوا يُتَّفَقُونَ ذَلِكَ ، دُونَ مَا ذَكَرُوهُ ، فَكَانَ ذَلِكَ هُوَ الْوَاجِبُ ، وَلِأَنَّهَا نَفَقَةٌ
قَدَّرَهَا الشَّرْعُ بِالْكِفَايَةِ ، فَكَانَ الْوَاجِبُ الْخُبْزُ ، كَنَفَقَةِ الْعَبِيدِ ^(١٩) ، وَلِأَنَّ الْحَبَّ تَحْتَاجُ فِيهِ
إِلَى طَحْنِهِ وَخَبْزِهِ ، فَمَتَى احتَاجَتْ إِلَى تَكْلُفٍ ذَلِكَ مِنْ مَالِهَا لَمْ تَحْصُلِ الْكِفَايَةُ بِنَفَقَتِهِ ،
وَفَارَقَ الْإِطْعَامَ فِي ^(٢٠) الْكُفَّارَةِ ، فَإِنَّهَا ^(٢١) لَا تُقَدَّرُ بِالْكِفَايَةِ ، وَلَا يَجِبُ فِيهَا الْأَذْمُ . فَعَلِيَ هَذَا
لَوْ / طَلَبْتَ مَكَانَ الْخُبْزِ ذَرَاهِمَ ، أَوْ حَبًّا ، أَوْ دَقِيقًا ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ بِذَلِكَ ،
وَلَوْ عَرَضَ عَلَيْهَا بِذَلِكَ الْوَاجِبُ لَهَا ، لَمْ يَلْزَمْهَا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يُجْبَرُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا
عَلَى قَبُولِهِ ^(٢٢) ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ تَرْضَايَا عَلَى ذَلِكَ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ طَعَامٌ وَجَبَ فِي الدُّمَةِ ،
لَا دُمِيٌّ مُعَيَّنٌ ، فَجَازَتْ الْمُعَاوَضَةُ عَنْهُ ، كَالطَّعَامِ فِي الْقَرْضِ ، وَيُفَارِقُ الطَّعَامَ فِي
الْكُفَّارَةِ ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلَيْسَ هُوَ لَادُمِيٌّ مُعَيَّنٌ ، فَيَرْضَى بِالْعَوَضِ عَنْهُ . وَإِنْ
أَعْطَاهَا مَكَانَ الْخُبْزِ حَبًّا ، أَوْ دَقِيقًا ، جَازَ إِذَا تَرْضَايَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ
حَقِيقَةٍ ، فَإِنَّ الشَّارِعَ لَمْ يُعَيِّنِ ^(٢٣) الْوَاجِبَ بِأَكْثَرِ مِنَ الْكِفَايَةِ ، فَبَأَى شَيْءٌ ^(٢٤) حَصَلَتْ

١٨١/٨ ط

(١٨) فِي ١ ، م : بِجَنْسِهِمْ .

(١٩) فِي ٢ : م : الْعَبْدُ .

(٢٠) فِي ٢ : م : هَمْ ، خَطَأً .

(٢١) فِي ٢ : م : لِأَنَّهَا .

(٢٢) فِي ٢ : م : قَوْلُهُ .

(٢٣) فِي ١ ، م : يَحْتَرِ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

الكفاية ، كان ذلك هو الواجب ، وإنما صيرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف ، لترجيحه بكونه القوت المعتاد .

فصل : ويترجى في تقدير الواجب إلى اجتهاد الحاكم ، أو نائبه ، إن لم يتراضيا على شيء ، فيفرض للمرأة^(٢٥) قدر كفايتها من الخبز والأدم ، فيفرض للموسيرة تحت الموسير^(٢٦) قدر حاجتها ، من أرفع خبز البلد الذى يأكله أمثالهما ، وللمغسيرة تحت المغسير قدر كفايتها ، من أدنى خبز البلد ، وللمتوسطة تحت المتوسط^(٢٧) من أوسطه ، لكل أحد على حسب حاله ، على ما جرت به العادة في حق أمثاله . وكذلك الأدم للموسيرة تحت الموسير قدر حاجتها من أرفع الأدم ، من اللحم والأرز واللبن ، وما يطبخ به اللحم ، والدهن على اختلاف أنواعه في بلدانه ؛ السمن في موضع ، والزيت في آخر ، والشحم^(٢٨) ، والشيرج^(٢٩) في آخر . وللمغسيرة تحت المغسير من الأدم أدونه ، كالباقلا ، والخل ، والبقل ، والكأمخ^(٣٠) ، وما جرت به عادة أمثالهم ، وما يحتاج إليه من الدهن ، وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك ، من الخبز ، والأدم ، كل على حسب عادته . وقال الشافعي : الواجب من جنس قوت البلدة^(٣١) ، لا يختلف باليسار والإعسار سوى المقدار . والأدم هو الدهن خاصة ؛ لأنه أصلح للأبدان ، وأجود^(٣٢) في المؤنة^(٣٣) ؛ لأنه لا يحتاج إلى طبخ وكلفة ، ويعتبر الأدم بغالب عادة أهل البلد ، كالزيت بالشام ، والشيرج بالعراق ، والسمن بخراسان . ويعتبر

(٢٥) في انهاء : ١ على .

(٢٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٧) في م : المتوسطة .

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) الشرح : زيت السمسم .

(٣٠) الكاف : الخللات المشبهة .

(٣١) في ا ، ب : البلد .

(٣٢-٣٣) في ا : للمؤنة .

قَدَرُ الْأَذَمِ بِالْقَوْتِ ، فَإِذَا قِيلَ : إِنَّ الرُّطْلَ تُكْفِيهِ الْأَوْقِيَّةُ مِنَ الدُّهْنِ . قَرَضَ ذَلِكَ . / ١٨٢/٨
 وَفِي كُلِّ يَوْمٍ جُمُعَةٍ رَطْلٌ لَحْمٌ ، فَإِنَّ^(٣٣) كَانَ فِي مَوْضِعِ^(٣٤) يَرْخُصُ اللَّحْمُ ، زَادَهَا عَلَى
 الرُّطْلِ شَيْئًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْأَذَمِ مِثْلَ هَذَا . وَهَذَا مُخَالِفٌ لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرْ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ﴾ . وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ
 ﷺ : « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكُسُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » . وَمَتَى اتَّفَقَ الْمُوسِيرُ نَفَقَةُ
 الْمُعْسِرِ ، فَمَا اتَّفَقَ مِنْ سَعَتِهِ ، وَلَا رَزَقَهَا بِالْمَعْرُوفِ . وَقَدْ فَرَّقَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بَيْنَ الْمُوسِيرِ
 وَالْمُعْسِرِ فِي الْإِنْفَاقِ ، وَفِي^(٣٥) هَذَا جَمَعَ بَيْنَ مَا فَرَّقَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَتَقْدِيرُ الْأَذَمِ بِمَا ذَكَرُوهُ
 تَحْكُمُ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، وَخِلَافُ الْعَادَةِ وَالْعُرْفِ بَيْنَ النَّاسِ فِي إِنْفَاقِهِمْ ، فَلَا يَرْجَعُ عَلَى مِثْلِ
 هَذَا ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ عَمَرَ : مِنْ أَفْضَلِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ، الْخَبْزُ وَاللَّحْمُ . وَالصَّحِيحُ مَا
 ذَكَرْنَاهُ ، مِنْ رَدِّ التَّفَقُّعِ الْمُطْلَقَةِ فِي الشَّرْعِ إِلَى الْعُرْفِ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ فِي نَفَقَاتِهِمْ ، فِي
 حَقِّ الْمُوسِيرِ وَالْمُعْسِرِ وَالْمُتَوَسِّطِ ، كَمَا رَدَدْنَاهُمْ فِي الْكُسُورَةِ إِلَى ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ التَّفَقُّعَ مِنْ
 مُؤْنَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى الزَّوْجِ ، فَاخْتَلَفَ جِنْسُهَا بِالْيَسَارِ^(٣٦) وَالْإِعْسَارِ ، كَالْكُسُورَةِ .

فصل : وَحُكْمُ الْمَكَائِبِ وَالْعَيْدِ حُكْمُ الْمُعْسِرِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا^(٣٧) بِأَخْسَنَ حَالًا
 مِنْهُ . وَمَنْ يَنْصِفُهُ حُرٌّ ، إِنْ كَانَ مُوسِيرًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُتَوَسِّطِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَوَسِّطٌ ،
 يَنْصِفُهُ مُوسِيرٌ ، وَنِصْفُهُ مُعْسِرٌ .

فصل : وَيَجِبُ لِلْمَرْأَةِ مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، مِنَ الْيَسْطِ ، وَالذُّهْنِ لِرَأْسِهَا ، وَالسُّدْرِ ، أَوْ
 نَحْوَهُ مِمَّا تُعْمَلُ بِهِ رَأْسُهَا ، وَمَا يَعُودُ بِنَظَافَتِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُرَادُّ لِلتَّنْظِيفِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ ، كَمَا
 أَنَّ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ كُنُسَ الدَّارِ وَتَنْظِيفَهَا . فَأَمَّا الْخِضَابُ ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَطْلُبْهُ الزَّوْجُ

(٣٣) سقط من : م .

(٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) سقطت الواو من : م .

(٣٦) في الأصل ، : : بإساره . : : م : : بالإتار .

(٣٧) في النسخ : : ليس .

منها ، لم يُلزِمه ؛ لأنه يُراد للزينة ، وإن طلبه منها ، فهو عليه . وأما الطيب ، فما يُراد منه لقطع السهولة ، كدواء العرق ، لزمه ؛ لأنه يُراد للتطهير^(٣٨) ، وما يُراد منه للتلذذ والاشتغال ، لم يُلزِمه ؛ لأن الاشتغال حق له ، فلا يجب عليه ما يذغوه إليه . ولا يجب عليه شراء الأدوية ، ولا أجره الطيب ؛ لأنه يُراد لإصلاح الجسم ، فلا يلزمه ، كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار ، وحفظ أصولها ، وكذلك أجره الحجام والغاصد .

فصل : وتجب عليه كسوتها ، بإجماع أهل العلم ؛ لما ذكرنا من النصوص ، ولأنها

لا بُد منها على الدوام ، فلزمته ، / كالثففة ، وهي معتبرة بكفائتها ، وليست مقلدة بالشرع^(٣٩) ، كما قلنا في الثففة . ووافق أصحاب الشافعي على هذا ، ويرجع في ذلك إلى اجتihad الحاكم ، فيفرض لها على قدر كفايتها ، على قدر يسرها وعسرها ، وما جرت عادة أمثالهما به ، من الكسوة ، فيجتهد الحاكم في ذلك عند نزول الأمر ، كنحو اجتihadه في المنفعة المطلقة ، وكما قلنا في الثففة ، فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد ، من الكتان والحز والإبريسم ، وللمعسرة تحت المعسر ، غليظ^(٤٠) القطن والكتان ، وللمتوسطة تحت المتوسط ، المتوسط^(٤١) من ذلك ، فأقل ما يجب من ذلك قميص ، وسراويل ، ومقنعة ، ومئاس ، وجبة للشتاء ، ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه ، مما لا يغني عنه ، دون ما للجميل والزينة ، والأصل في هذا قول الله عز وجل : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقول النبي ﷺ : « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » . والكسوة بالمعروف هي الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسه ، وقول النبي ﷺ : « خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدُكِ بِالْمَعْرُوفِ » .

(٣٨) في م : التطيب .

(٣٩) في ب : في الشرع .

(٤٠) في ا : غليظها .

(٤١) سقط من : ب .

فصل : وعليه لما ماتحتاج إليه للتوهم ، من الفِرَاشِ واللِّحَافِ والبِساطِ ، كَلَّ^(٤٢) على حَسَبِ عَادَتِهِ ؛ فَإِنْ كَانَتْ مَمَّنْ عَادَتُهُ التَّوَمُّ فِي الْأَكْمِيَّةِ وَالْبِساطِ ، فعليه لها التَّوَمُّ مَا جَرَتْ عَادَتُهُمْ بِهِ ، وَلِجُلُوسِهَا بِالنَّهَارِ الْبِساطُ ، وَالزُّلَى^(٤٣) ، وَالْحَصِيرُ الرَّفِيعُ أَوْ الْحَثِيثُ ، الْمُوسِيرُ عَلَى حَسَبِ يَسَارِهِ^(٤٤) ، وَالْمَعِيرُ عَلَى قَدْرِ إِعْسَارِهِ ، عَلَى حَسَبِ الْعَوَالِدِ .

فصل : وَيَجِبُ لَهَا مَسْكَنٌ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ سَبَّحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾^(٤٥) . فَإِذَا وَجَبَتْ السُّكْنَى لِلْمُطَلَّقةِ ، فَلِلنِّسَاءِ^(٤٦) فِي صَلْبِ النِّكَاحِ أَوَّلَى ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَعَاشِرُوهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٤٧) . وَمِنَ الْمَعْرُوفِ أَنْ يُسَكِّنَهَا فِي مَسْكَنِ ، وَلَئِنْهَا لَا تَسْتَغْنِي عَنِ الْمَسْكَنِ لِلِامْتِنَانِ عَنِ الْعِيُونِ ، وَفِي التَّصَرُّفِ ، وَالِامْتِنَاعِ ، وَحِفْظِ الْمَتَاعِ ، وَيَكُونُ الْمَسْكَنُ عَلَى قَدْرِ يَسَارِهَا وَإِعْسَارِهَا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مَنْ وَجِدَكُمْ ﴾ . وَلَئِنْهُ وَاجِبٌ لَهَا لِمَصْلَحَتِهَا فِي الدَّوَامِ ، فَجَرَى مَجْرَى النِّفْقَةِ وَالْكُسُوفِ .

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ مَمَّنْ لَا / تَحْدِمُ نَفْسَهَا ؛ لَكُونِهَا مِنْ ذَوِي الْأَقْدَارِ ، أَوْ مَرِيضَةً ، وَجَبَ لَهَا خَادِمٌ ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَاشِرُوهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وَمِنَ الْعِشْرَةِ بِالْمَعْرُوفِ ، أَنْ يُقِيمَ لَهَا خَادِمًا ، وَلَئِنْهُ مِمَّا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الدَّوَامِ ، فَأَشْبَهَ النِّفْقَةَ . وَلَا يَجِبُ لَهَا أَكْثَرُ مِنْ خَادِمٍ وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ خِدْمَتُهَا فِي نَفْسِهَا ، وَيَحْصُلُ ذَلِكَ بِوَاحِدٍ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . إِلَّا أَنْ مَالِكًا قَالَ : إِنْ كَانَ لَا يَصْلُحُ

(٤٢) فِي إِهَادَةِ : ذَلِكَ .

(٤٣) الزُّلَى : نَوْعٌ مِنَ الْبِساطِ .

(٤٤) فِي ب ، م : إِيسَارِهِ .

(٤٥) سُورَةُ الطَّلَاقِ ٦ .

(٤٦) فِي ب : فَالنِّسَاءِ .

(٤٧) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٩ .

للمرأة^(٤٨) إلا أكثر من خادم ، فعليه أن يتفق على أكثر من واحد . ونحوه قال أبو ثور : إذا احتَمَلَ الزَّوْجُ ذلك ، فَرَضَ لِحَادِمَيْنِ . ولنا ، أَنَّ الحَادِمَ الواحدَ يَكْفِيهَا لِنَفْسِهَا ، وَالزَّيَادَةُ تُرَادُّ لِحِفْظِ مَلِكِهَا ، أَوْ لَلتَّحْمِيلِ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ ذَلِكَ . إِذَا بَيَّنَّا هَذَا ، فَلَا يَكُونُ الْحَادِمُ إِلَّا مِمَّنْ يَجِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا ، إِمَّا امْرَأَةً ، وَإِمَّا ذَوْ رَحِمٍ مُحَرَّمٌ ؛ لِأَنَّ الْحَادِمَ يَلْزَمُ الْمَحْدُومَ فِي غَالِبِ أَحْوَالِهِ^(٤٩) ، فَلَا يَسْلَمُ مِنَ النَّظَرِ . وَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . الصَّحِيحُ مِنْهَا جَوَازُهُ ؛ لِأَنَّ اسْتِخْدَامَهُمْ مَبَاحٌ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيمَا مَضَى أَنَّ الصَّحِيحَ إِِبَاحَةُ النَّظَرِ لَهُمْ . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ فِي إِِبَاحَةِ نَظَرِهِمْ^(٥٠) اخْتِلَافًا ، وَتُعَافِيهِمُ النَّفْسُ ، وَلَا يَتَنَظَّفُونَ مِنَ النِّجَاسَةِ ، وَلَا يَلْزَمُ الزَّوْجُ أَنْ يُمْلِكَهَا خَادِمًا ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْخِدْمَةَ ، فَإِذَا حَصَلَتْ مِنْ غَيْرِ تَمْلِكٍ ، جَازَ كَمَا أَنَّهُ إِذَا أَسْكَنَهَا دَارًا بِأَجْرَةٍ جَازَ ، وَلَا يَلْزَمُهُ تَمْلِكُهَا مَسْكَنًا ، فَإِنْ مَلَكَهَا الْحَادِمَ ، فَقَدْ زَادَ خَيْرًا ، وَإِنْ أَخَذَهَا مِنْ يُلَازِمُ خِدْمَتَهَا مِنْ غَيْرِ تَمْلِكٍ ، جَازَ ، سَوَاءَ كَانَ لَهُ ، أَوْ اسْتَأْجَرَهُ ، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا . وَإِنْ كَانَ الْحَادِمُ لَهَا ، فَرَضِيَتْ بِخِدْمَتِهِ لَهَا ، وَتَفَقَّهَتْ عَلَى الزَّوْجِ ، جَازَ . وَإِنْ طَلَبَتْ مِنْهُ أَجْرٌ^(٥١) خَادِمِهَا فَوَافَقَهَا ، جَازَ . وَإِنْ قَالَ : لَا أُعْطِيكَ أَجْرَ هَذَا ، وَلَكِنْ أَنَا آتِيكَ بِخَادِمٍ سِوَاهُ . فَلَهُ ذَلِكَ إِذَا أَتَاهَا بِمَنْ يَصْلُحُ لَهَا^(٥٢) . وَإِنْ قَالَتْ : أَنَا أَخْدِمُ نَفْسِي ، وَأَخْذُ أَجْرٌ^(٥٣) الْحَادِمِ . لَمْ يَلْزَمْ الزَّوْجُ قَبُولَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ عَلَيْهِ ، فَتَعَيَّنَ الْحَادِمُ إِلَيْهِ ، وَلَئِنْ فِي إِخْدَامِهَا تَوَفِيرٌ عَلَى حُقُوقِهِ ، وَتَرْفِيهِهَا ، وَرَفَعَ قَدْرَهَا ، وَذَلِكَ يَفُوتُ بِخِدْمَتِهَا لِنَفْسِهَا . وَإِنْ قَالَ الزَّوْجُ : أَنَا أَخْدِمُكَ بِنَفْسِي . لَمْ يَلْزَمْهَا ؛ لِأَنَّهَا تَحْتَشِمُهُ ، وَفِيهِ غَضَاظَةٌ عَلَيْهَا ، لَكُنْ زَوْجُهَا خَادِمًا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يَلْزَمُهَا الرِّضَى بِهِ ؛ لِأَنَّ الْكِفَايَةَ تَحْصُلُ بِهِ .

(٤٨) في ١ : المرأة .

(٤٩) في ١ : أوقاته .

(٥٠) في ب : نظرها .

(٥١) في ١ ، م : أجرة .

(٥٢) سقط من : ب ، م .

(٥٣) سقط من : ١ ، ب ، م .

فصل : وعلى الزوج نفقة الخادم ، وموته من الكسوة والثففة ، مثل ما لإمرأة المغسبر ، إلا أنه لا يجب لها المشط ، والدخن لرأسها ، والسدر ؛ لأن ذلك يراد للزينة والتنظيف / ، ولا يراد ذلك من الخادم ، لكن إن احتاجت إلى خف إتحرج إلى شراء الحوائج ، لزمت ذلك .

١٣٨ - مسألة : قال : (فَإِنْ مَنَعَهَا ^(١) مَا يَجِبُ لَهَا ^(٢) ، أَوْ بَعْضَهُ ، وَقَدَّرَتْ لَهُ عَلَى مَالٍ ، أَخَذَتْ مِنْهُ بِمَقْدَارِ حَاجَتِهَا بِالْمَعْرُوفِ ، كَمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِهَنْدٍ حِينَ قَالَتْ ^(٣) : إِنْ أَبَا سَفْيَانَ رَجُلٌ شَجِيحٌ ، وَلَيْسَ يُعْطِيَنِي مِنَ الثَّفَقَةِ مَا يَكْفِيَنِي وَوَلَدِي . فَقَالَ : « خُذِي مَا يَكْفِيْكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » ^(٤))

وجملته أن الزوج إذا لم يدفع إلى زوجته ^(٥) ما يجب لها عليه من الثففة والكسوة ، أو دفع إليها أقل من كفايتها ، فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه ، بإذنه وبغير إذنه ؛ بدليل قول النبي ﷺ لِهَنْدٍ : « خُذِي مَا يَكْفِيْكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » . وهذا إذن لها في الأخذ من ماله بغير إذنه ، ^(٦) وردها ^(٧) إلى اجتهداها في قدر كفايتها وكفاية ولدها ، وهو متناول لأخذ تمام الكفاية ، فإن ظاهر الحديث دل على أنه قد كان ^(٨) يُعطيها بعض الكفاية ، ولا يتممها لها ، فرخص النبي ﷺ لها في أخذ تمام الكفاية بغير علمه ؛ لأنه موضع حاجة ، فإن الثففة لا غنى عنها ، ولا قوام إلا بها ، فإذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها ، أفضى إلى ضياعها وهلاكها ، فرخص لها في أخذ قدر نفقتها ، دفعاً لحاجتها ، ولأن الثففة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً ، فتشق المرافعة إلى الحاكم ،

(١-٢) سقط من : ١ ، ب .

(٣) في زيادة : ٥ له .

(٤) تقدم ترجمته في صفحة ٣٤٨ .

(٥) في م : ٥ امرته .

(٥-٥) في ١ : ٥ ردها . وفي ب : ٥ ردها . خطأ .

(٦) سقط من : الأصل .

والمطالبة بها في كل الأوقات ، فلذلك رخص لها في أخذها بغير إذن من هي عليه . وذكر القاضي بينهما وبين^(٧) الذين فرقاً آخر ، وهو أن نفقة الزوجة تسقط بفوات وقتها عند بعض أهل العلم ، ما لم يكن الحاكم^(٨) فرضها لها ، فلو لم تأخذ حقها ، أفضى إلى سقوطها ، والإضرار بها ، بخلاف الذين ، فإنه لا يسقط عند أحد بترك المطالبة به^(٩) ، فلا يؤدي ترك الأخذ إلى الإسقاط .

فصل : ويجب عليه دفع نفقتها إليها في صدر نهار كل يوم إذا طلعت الشمس ، لأنه أول وقت الحاجة ، فإن اتفقا على تأخيرها جاز ؛ لأن الحق لها ، فإذا رضيت بتأخيرها جاز ، كالذين . وإن اتفقا على تعجيل نفقة عام أو شهر ، أو أقل من ذلك أو أكثر ، أو تأخيرها ، جاز ؛ لأن الحق لهما ، لا يخرج عنهما ، فجاز من تعجيله وتأخيرها ما اتفقا عليه ، كالذين . وليس بين أهل العلم في هذا خلاف علمناه . فإن سلم إليها نفقة يوم ، ثم مات فيه ، لم يرجع عليها بها^(١٠) ؛ لأنه دفع إليها / ما وجب عليه دفعه إليها ، وإن أبانها بعد وجوب الدفع إليها ، لم تسقط نفقتها فيه ، ولها مطالبتها بها ؛ لأنها قد وجبت ، فلم تسقط بالطلاق ، كالذين . وإن عجل لها نفقة شهر أو عام ، ثم طلقها ، أو مات قبل انقضائه ، أو بابت بفسخ أو إسلام أحدهما أو ردته ، فله أن يسترجع نفقة سائر الشهر . وبه قال الشافعي ، ومحمد بن الحسين . وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : لا يسترجعها ؛ لأنها صيلة ، فإذا قبضتها ، لم يكن له الرجوع فيها ، كصدقة التطوع . ولنا ، أنه سلم إليها النفقة سلفاً عما يجب في الثاني ، فإذا وجد ما يمنع الرجوع ، ثبت الرجوع ، كما لو أسلفها^(١١) إياها فتشترت ، أو عجل الزكاة إلى الساعي فليل ماله قبل

١٨٤/٣

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقط من : ا ، ب ، م .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في : ا ب هـ .

(١١) في : ب : استلفها .

الْحَوْل . وقولهم : إِنَّهَا صِلَةٌ . قلنا : بل هي عِوَضٌ عن التَّمَكِين ، وقد فات^(١٢) التَّمَكِين . وذكر القاضي ، أَنَّ رُوحَ الْوُثْقَى وَالْمَجُوسِيَّةِ ، إِذَا دَفَعَ إِلَيْهَا نَفَقَةَ سِتْنَيْنِ ، ثُمَّ بَاتَتْ بِإِسْلَامِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَعْلَمَهَا أَنَّهَا نَفَقَةُ عَجَلَهَا^(١٣) ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهَرَ أَنَّهُ تَطَوُّعٌ بِهَا ، وَإِنْ أَعْلَمَهَا ذَلِكَ ، اثْبَتْنِي عَلَى مُعْجَلِ الزَّكَاةِ إِذَا أَعْلَمَ^(١٤) الْفَقِيرَ أَنَّهَا زَكَاةٌ مُعْجَلَةٌ ثُمَّ تَلَفَ الْمَالُ ، وَفِي الرُّجُوعِ بِهَا وَجْهَانِ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَكَذَلِكَ يَتَبَيَّنُ أَنْ يَكُونَ فِي سَائِرِ الصُّوَرِ مِثْلُ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ يَبْرَعُ بِدَفْعِ مَا لَا يَلْزَمُهُ مِنْ^(١٥) غَيْرِ إِعْلَامِ الْآخِذِ بِتَعَجُّلِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، كَمُعْجَلِ الزَّكَاةِ . وَلَوْ سَلَّمَ إِلَيْهَا نَفَقَةَ الْيَوْمِ ، فَسَرَقَتْ أَوْ تَلَفَتْ ، لَمْ يَلْزَمُهُ عِوَضُهَا ؛ لِأَنَّهُ بَرَى مِنَ الْوَاجِبِ بِدَفْعِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَتْ الزَّكَاةُ بَعْدَ قَبْضِ السَّاعِي لَهَا ، أَوِ الدِّينَ بَعْدَ اخْتِذِ صَاحِبِهِ لَهُ .

فصل : وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهَا نَفَقَتَهَا ، فَلَهَا أَنْ تَتَصَرَّفَ فِيهَا بِمَا أَحَبَّتْ ، مِنَ الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ وَالْمُعَاوَضَةِ ، مَا لَمْ يَعُدْ ذَلِكَ عَلَيْهَا بَضْرَرٍ فِي بَدَنِهَا ، وَضَعْفٍ فِي جِسْمِهَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهَا ، فَلَهَا التَّصَرُّفُ فِيهَا بِمَا شَاءَتْ كَالْمَهْرِ ، وَلَيْسَ لَهَا التَّصَرُّفُ فِيهَا عَلَى وَجْهِ يَضُرُّهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَ حَقِّهِ مِنْهَا ، وَتَقْصَا فِي اسْتِمْتَاعِهِ بِهَا .

فصل : وَعَلَيْهِ دَفْعُ الْكُسُوفَةِ إِلَيْهَا فِي كُلِّ عَامٍ مَرَّةً ؛ لِأَنَّهُ^(١٦) الْعَادَةُ ، وَيَكُونُ الدَّفْعُ إِلَيْهَا فِي أَوَّلِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ وَقْتِ الْوُجُوبِ . فَإِنْ بَلَّيَتْ الْكُسُوفَةُ فِي الْوَقْتِ الَّذِي يَتَلَى فِيهِ مِثْلُهَا ، لَزِمَهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهَا كُسُوفَةً أُخْرَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَقْتُ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا ، وَإِنْ بَلَّيَتْ قَبْلَ ذَلِكَ ، لِكَثْرَةِ دُخُولِهَا وَخُرُوجِهَا وَاسْتِعْمَالِهَا^(١٧) ، لَمْ يَلْزَمَهُ إِبْدَالُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَقْتِ الْحَاجَةِ إِلَى الْكُسُوفَةِ / فِي الْعُرْفِ . وَإِنْ مَضَى الزَّمَانُ الَّذِي تَبَلَّى فِي مِثْلِهِ بِالْإِسْتِعْمَالِ الْمُعْتَادِ وَلَمْ

١٨٤/٣ ط

(١٢) ق ب : و فاتة .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) ق ب : علم .

(١٥) سقط من : م ، ا .

(١٦) ق ب ، ا ، م : لأنها .

(١٧) ق ب ، م : أو استعمالها .

ثَبُلَ ، فهل يَلْزَمُهُ بَدْلُهَا ؟ فيه وَجْهان ، أَحَدُهما ، لا يَلْزَمُهُ بَدْلُهَا^(١٨) ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُحْتَاجَةٍ إِلَى الْكُسُوفِ . والثاني ، يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِمُضَيِّ الزَّمَانِ دُونَ حَقِيقَةِ الْحَاجَةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَوْ بَلَّيَتْ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَلْزَمُهُ بَدْلُهَا . وَلَوْ أَهْدَى إِلَيْهَا كُسُوفٌ ، لَمْ تَسْقُطْ كُسُوفُهَا . وَإِنْ أَهْدَى إِلَيْهَا طَعَامٌ فَأَكَلَتْهُ ، وَبَقِيَ قُوْثُهَا إِلَى الْغَدِ ، لَمْ يَسْقُطْ قُوْثُهَا فِيهِ . وَإِنْ كَسَاهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ تَبْلَى ، فهل له أَنْ يَسْتَرْجِعَهَا ؟ فيه وَجْهان ، أَحَدُهما ، له ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَهَا لِلزَّمَانِ الْمُسْتَقْبَلِ ، فَإِذَا طَلَّقَهَا قَبْلَ مُضِيِّهِ ، كَانَ لَهُ اسْتِرْجَاعُهَا ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا تَقْفَةً مُدَّةً ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ انْقِضَائِهَا . والثاني ، ليس له الْاسْتِرْجَاعُ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ إِلَيْهَا الْكُسُوفَ بَعْدَ وَجُوبِهَا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا^(١٩) التَّقْفَةَ بَعْدَ وَجُوبِهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ اكْتِلَافِهَا ، بِخِلَافِ التَّقْفَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ .

فصل : وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهَا كُسُوفُهَا ، فَأَرَادَتْ بَيْعَهَا ، أَوْ التَّصَدَّقَ بِهَا ، وَكَانَ ذَلِكَ يَضُرُّ بِهَا ، أَوْ يُخِلُّ بِتَجْمِيلِهَا بِهَا ، أَوْ يَسْتَرْجِعُهَا ، لَمْ تَمْلِكْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ أَرَادَتْ الصَّدَقَةَ بِقُوْثِهَا عَلَى وَجْهِ يَضُرُّ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ ، اِحْتَمَلَ الْجَوَازُ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُهَا ، فَأَشْبَهَتْ التَّقْفَةَ ، وَاحْتَمَلَ الْمَنْعُ ؛ لِأَنَّ لَهُ اسْتِرْجَاعَهَا لَوْ طَلَّقَهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، بِخِلَافِ التَّقْفَةِ .

فصل : وَالذَّمُّ مِثْلُ الْكُسُوفِ فِي التَّقْفَةِ وَالْمَسْكِينِ وَالْكُسُوفِ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِعُمُومِ النُّصُوصِ وَالْمَعْنَى .

١٣٨١ - مسألة : قَالَ : (فَإِذَا مَنَعَهَا ، وَلَمْ يَجِدْ مَا تَأْخُذُهُ ، فَالْحَارِثُ^(١) فِرَاقُهُ ، فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا)

(١٨) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٩) سقط من : ب .

(١) في ١ ، م : ه : واختارت ه .

وجعلته أن الرجل إذا منع امرأته النفقة ، لعسرتة ، وعدم ما يتفق ، فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه ، وبين فراقه . روى^(٢) نحو ذلك عن عمر ، وعلى ، وأبي هريرة . وبه قال سعيد^(٣) بن المسيب ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وربيعة ، وحماد ، ومالك ، ويحيى القطان ، وعبد الرحمن بن مهدي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور . وذهب عطاء ، والزهري ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة وصاحبه ، إلى أنها لا تملك فراقه بذلك ، ولكن يرفع يده عنها لتكتسب ، لأنه حق لها عليه ، فلا يفسخ^(٤) النكاح لعجزه عنه ، كالذين . وقال العنبري : يُحبس إلى أن يتفق . ولنا ، قول الله تعالى :

﴿ فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ ﴾^(٥) . وليس / الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكاً بمعروف ، فيتعين التسريح . وروى سعيد^(٦) ، عن سفيان ، عن ابن أبي الزناد ، قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما يتفق على امرأته ، أيفرق بينهما ؟ قال : نعم . قلت^(٧) : سنة ؟ قال : سنة . وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ . وقال ابن المنذر : ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد ، في رجال غابوا عن نسائهم ، فأمرهم بأن يتفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى^(٨) .

١٨٥/٣

(٢) في م : ١ : وروى .

(٣) في م : ١ : عبيد . خطأ .

(٤) في ١ : ١ : يفسخ .

(٥) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٦) في : باب ما جاء في الرجل إذا لم يجد ما يتفق على امرأته ، من كتاب الطلاق . السنن ٥٥/٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤٦٩/٧ . والإمام

الشافعي ، انظر : الباب التاسع في النفقات ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٦٥/٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب

ما قالوا في الرجل يعجز عن نفقة امرأته ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢١٣/٥ .

(٧) في ب ، م : ١ : قال .

(٨) أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤٦٩/٧ . والإمام

الشافعي ، انظر : الباب التاسع في النفقات ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٦٥/٢ . وعبد الرزاق ، في : باب

الرجل يغيب عن امرأته فلا يتفق عليها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٩٣/٧ ، ٩٤ . وابن أبي شيبة ، في : باب من

قال : على الغائب نفقة ... ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢١٤/٥ .

ولأنه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء ، والضّرر فيه أقل ، لأنه إنما هو فقد لذّة وشهوة يقوم البدن بدونه ، فلأن يثبت بالعجز عن التّفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى . إذا ثبت هذا ، فإنه متى ثبت الإعسار بالتّفقة على الإطلاق ، فللمرأة المطالبة بالفسخ ، من غير إنظار . وهذا أحد قولَي الشافعي . وقال حماد بن أبي سليمان : يؤجل سنة قياساً على العيين . وقال عمر بن عبد العزيز : اضربوا له شهراً أو شهرين . وقال مالك : الشهر ونحوه . وقال الشافعي في القول الآخر : يؤجل ثلاثاً ؛ لأنه قريب . ولنا ، ظاهر حديث عمر ، ولأنه معنى يثبت الفسخ ، ولم يرد الشرع بالإنظار فيه ، فوجب أن يثبت الفسخ في الحال ، كالغيب ، ولأن سبب الفسخ الإعسار ، وقد وجد ، فلا يلزم التأخير .

فصل : وإن لم يجد التّفقة إلا يوماً بيوم ، فليس ذلك إعساراً يثبت به الفسخ ؛ لأن ذلك هو الواجب عليه ، وقد قدر عليه . وإن وجد في أول النهار ما يعديها ، وفي آخره ما يعسيها ، لم يكن لها الفسخ ؛ لأنها تصل إلى كفايتها ، وما يقوم به بدنها . وإن كان صائماً يعمل في الأسبوع ما^(٩) يبيعه في يوم بقدر كفايتها في الأسبوع كله ، لم يثبت الفسخ ؛ لأن هذا يحصل الكفاية به^(١٠) في جميع زمانه . وإن تعدّر عليه الكسب في بعض زمانه ، أو تعدّر البيع ، لم يثبت الفسخ ؛ لأنه يمكن الاقتراض إلى زوال العارض ، وحصول الاحتساب . وإن عجز عن الاقتراض أياماً يسيرة لم يثبت الفسخ ؛ لأن ذلك يزول عن قريب^(١١) ، ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس . وإن مرض مرضاً يرجي زواله في أيام يسيرة ، لم يفسخ ؛ لما ذكرناه . وإن كان ذلك يطول ، فلها الفسخ ؛ لأن الضرر الغالب يُلحقها ، ولا يمكنها الصبر . وكذلك / إن كان لا يجد من التّفقة إلا يوماً دون يوم ، فلها الفسخ ؛ لأنها لا يمكنها الصبر على هذا ، ويكون بمثابة من لا يجد إلا بعض القوت . وإن أعسر ببعض تّفقة المعسر ، ثبت لها الخيار ؛ لأن البدن لا يقوم بما دونها .

١٨٥/٣ ط

(٩) في ١ ، م : ٥ ، ب : ٤ .

(١٠) سقط من : ١ ، ب : ٤ ، م .

(١١) في م : ٥ ، قريب .

وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر ، فلا خيار لها ؛ لأن تلك الزيادة تسقط بإعساره ، ويمكن الصبر عنها ، ويقوم البدن بما دونها . وإن أعسر بنفقة الخادم ، لم تثبت لها خيار ؛ لما ذكرنا ، وكذلك إن أعسر بالأدم . وإن أعسر بالكسوة ، فلها الفسخ ؛ لأن الكسوة لا بد منها ، ولا يمكن الصبر عنها ، ولا يقوم البدن بدونها . وإن أعسر بأجرة المسكن^(١٢) ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لها الخيار ؛ لأنه مما^(١٣) لا بد منه ، فهو كالنفقة والكسوة . والثاني ، لا خيار لها ؛ لأن البتة تقوم بدونه . وهذا الوجه هو^(١٤) الذي ذكره^(١٥) القاضي . وإن أعسر بالنفقة الماضية ، لم يكن لها الفسخ ؛ لأنها دين يقوم البدن بدونها^(١٦) ، فأشبهت سائر الديون . الحال^(١٧) الثاني ، أن يمنع من الإنفاق مع يساره ؛ فإن قدرت له على مال ، أخذت منه قدر حاجتها ، ولا خيار لها ؛ لأن النبي ﷺ أمر هندا بالأخذ ، ولم يجعل لها الفسخ ، وإن لم تقدر ، رافعه إلى الحاكم ، فيأمره بالإنفاق ، ويخبره عليه ، فإن^(١٨) أبى حبسه ، فإن صبر على الحبس ، أخذ الحاكم النفقة من ماله ، فإن لم يجد إلا عروضا أو عقارا ، باعها^(١٩) في ذلك . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور . وقال أبو حنيفة : النفقة في ماله من الذنابير والذراهم ، ولا يبيع عرضا إلا بتسليم ؛ لأن بيع مال الإنسان لا يتخذ إلا بإذنه ، أو إذن^(٢٠) وليه ، ولا ولاية على الرميذ . ولنا ، قول النبي ﷺ له : « خذ ما يكفيلك » . ولم يفرق ، ولأن ذلك مال له ، فتؤخذ منه النفقة ، كالذراهم والذنابير ، وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع ، بدليل ولايته على ذراهيم وذنابيره . وإن تعدرت النفقة في

(١٢) في ب ، م : مسكن .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) في م : ذكر .

(١٥) في ١ : بدونه .

(١٦) في ١ ، م : قال . خطأ .

(١٧) في الأصل : باعه .

(١٨) في ١ : وإذن .

حال غيبته ، وله وكيل ، فحكم وكيله حكمه في المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه ، وإن لم يكن له وكيل ، ولم تقدر المرأة على الأخذ ، أخذ لها الحاكم من ماله ، ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك ، إذا لم تجد ما تنفق سيواه . وتنفق على المرأة يوماً بيوم . وهذا قال الشافعي ، ويحيى بن آدم . وقال أصحاب الرأي : يفرض لها في كل شهر . ولنا ، أن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها ، فلم يجز ، كما لو^(١٩) عجل لها / نفقة زيادة على^(٢٠) شهر . ١٨٦/٣

فصل : وإن غيب ماله ، وصبر على الحس ، ولم يقدر الحاكم له على مالي يأخذه ، أو لم^(٢١) يقدر على أخذ النفقة من مال الغائب ، فلها الخيار في الفسخ ، في ظاهر قول الخزقي ، واختيار أبي الخطاب . واختار القاضي أنها لا تملك الفسخ ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأن الفسخ في المعسر لعيب الإعسار ، ولم يوجد ههنا ، ولأن المؤسر في مظنة إمكان الأخذ من ماله ، وإذا امتنع في يوم ، فربما لا^(٢٢) يمتنع في^(٢٣) العِد ، بخلاف المعسر . ولنا ، أن عمر ، رضى الله عنه ، كتب في رجال غابوا عن نسايتهم ، فأمرهم أن يتفقوا أو يطلّقوا . وهذا إيجاب على الطلاق عند الامتناع من الإنفاق ، ولأن الإنفاق عليها من ماله معتذر^(٢٤) ، فكان لها الخيار ، كحال الإعسار ، بل هذا أولى بالفسخ ، فإنه إذا جاز الفسخ على المعتذر ، فعلى غيره أولى ، ولأن في الصبر ضرراً أمكن إزالته بالفسخ ، فوجب إزالته ، ولأنه نوعٌ يُعذرُ بجور الفسخ ، فلم يفتقر الحال بين المؤسر والمُعسر ، كأداء^(٢٥) ثمن المبيع ، فإنه لا فرق في جواز الفسخ بين^(٢٦) أن يكون المشتري مُعسراً ، وبين أن يهرّب قبل أداء الثمن ، وغيب الإعسار إنما جوّز

(١٩) سقط من : ١ م .

(٢٠) في ١ ، ب ، م ، د : عن .

(٢١) في ب : ١ ولم .

(٢٢-٢٣) في الأصل : ١ يمنع .

(٢٣) في ب ، م ، د : جعل .

(٢٤) في م : ١ كما إذا أدى .

(٢٥) في الأصل : ١ من .

الْفَسْخَ لِتَعْدِرِ الْإِنْفَاقِ ، بدليل أنه لو اقترض ما يتفق عليها ، أو تبرع له إنسان بدفع ما يتفق ، لم تملك الفسخ . وقولهم : إنه يحتل أن يتفق فيما بعد هذا . قلنا : وكذلك المعسر ، يحتل أن يغنيه الله ، وأن يقترض ، أو يعطى ما يتفق ، فاستويا .

فصل : وَمَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ نَفَقَةُ امْرَأَتِهِ ، وكان له عليها دين ، فأراد أن يحتسب عليها بدئيه مكان نفقتها ، فإن كانت موسرة ، فله ذلك ؛ لأن من عليه حق فله أن يقضيه من أى أمواله شاء ، وهذا من ماله ، وإن كانت معسرة ، لم يكن له ذلك ؛ لأن قضاء الدين إنما يجب في الفاضل من قوته ، وهذا لا يفضل عنها ، ولأن الله تعالى أمر بإظهار المعسر ، بقوله سبحانه : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ ^(٢٦) . فيجب إظهارها بما عليها .

فصل : وكل موضع ثبت لها الفسخ لأجل التفقة ، لم يجز ^(٢٧) إلا بحكم الحاكم ^(٢٨) ؛ لأنه فسخ مختلف فيه ، فافتقر إلى الحاكم ، كالفسخ بالعنة ^(٢٩) ، ولا يجوز له التفريق إلا أن تطلب المرأة ذلك ؛ لأنه لحقها ، فلم يجز من غير طلبها ، كالفسخ للعنة . فإذا فرق الحاكم بينهما ، فهو فسخ لا رجعة له فيه . وهذا قال / ١٨٦/٣ ط الشافعي ، وابن المنذر . وقال مالك : هو تطليقة ، وهو أحق بها إن أيسر في عدتها ؛ لأنه تفريق لا مناعه من الواجب عليه لها ، فأشبه تفريقه بين المولى وامرأته إذا امتنع من الفتيحة والطلاق . ولنا ، أنها فرقة لعجزه عن الواجب لها عليه ، أشبهت فرقة العنة . فأما إن أجبره الحاكم على الطلاق ، فطلق أقل من ثلاث ، فله الرجعة عليها ما دامت في العدة ، فإن راجعها وهو معسر ، أو امتنع من الإنفاق عليها ، ولم يمكن الأخذ من ماله ، فطلبت المرأة الفسخ ، فللحاكم الفسخ ؛ لأن مقتضى له باق ، أشبه ما قبل الطلاق .

(٢٦) سورة البقرة - ٢٨٠ .

(٢٧) في الزيادة : « لها » .

(٢٨) في ١ : « حاكم » .

(٢٩) في الأصل : « بالعنة » .

فصل : وإن رَضِيَتْ بالمَقَامِ معه عُسْرَتُهُ أو تَرَكَ إنْفَاقَهُ ، ثم بَدَأَ لها الفَسْخُ ، أو تَزَوَّجَتْ مُعْسِرًا عَالِمَةً بِحَالِهِ ، رَاضِيَةً بِعُسْرَتِهِ ، وتَرَكَ إنْفَاقَهُ ، أو شَرَطَ عَلَيْهَا أَنْ لَا يَتَفَقَّ عَلَيْهَا ، ثم عَنَ لها الفَسْخُ ، فلها ذلك . وبهذا قال الشافعي . وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد ، ليس لها الفَسْخُ ، وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ . وهو قول مالك ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بِعَيْتِهِ ، وَدَخَلَتْ فِي الْعَقْدِ عَالِمَةً بِهِ ، فلم تَمْلِكِ الفَسْخُ ، كَالْوَجْهِ عَيْنًا عَالِمَةً بِعَيْتِهِ ، أو قالت بعدَ الْعَقْدِ : قد رَضِيْتُ بِهِ عَيْنًا . ولنا ، أَنَّ وَجُوبَ النِّفْقَةِ يَتَجَدَّدُ فِي كُلِّ يَوْمٍ ، فَيَتَجَدَّدُ لها الفَسْخُ ، ولا يَصِحُّ إسْقَاطُ حَقِّهَا فيما لم يَجِبْ لها ، كإِسْقَاطِ شَفْعَتِهَا قَبْلَ الْبَيْعِ ، ولذلك لو اسْقَطَتِ النِّفْقَةَ الْمُسْتَقْبَلَةَ لم تَسْقُطْ ، ولو اسْقَطَتْهَا أو اسْقَطَتِ الْمَهْرَ قَبْلَ النِّكَاحِ لم يَسْقُطْ ، وإذا لم يَسْقُطْ وَجُوبُهَا ، لم يَسْقُطِ الفَسْخُ الثَّابِتُ بِهِ . وإنْ أَعْسَرَ بِالْمَهْرِ ، وَقُلْنَا : لها الفَسْخُ لِإِعْسَارِهِ بِهِ . فَرَضِيَتْ بِالْمَقَامِ ، لم يَكُنْ لها الفَسْخُ ؛ لِأَنَّ وَجُوبَهُ لم يَتَجَدَّدْ ، بخِلَافِ النِّفْقَةِ ، ولو تَزَوَّجَتْهُ ، عَالِمَةً بِإِعْسَارِهِ بِالْمَهْرِ ، رَاضِيَةً بِذَلِكَ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تَمْلِكِ الفَسْخَ بِإِعْسَارِهِ بِهِ ؛ لِأَنَّهَا^(٣٠) رَضِيَتْ بِذَلِكَ فِي وَقْتِ لَوْ اسْقَطَتْهُ فِيهِ سَقَطَ .

فصل : إذا رَضِيَتْ بِالْمَقَامِ مع ذلك ، لم يَلْزِمَهَا التَّمَكُّينُ مِنَ الْاسْتِمْتَاعِ ؛ لِأَنَّهُ لم يُسَلِّمْ إِلَيْهَا^(٣١) عِوَضَهُ ، فلم يَلْزِمَهَا تَسْلِيمُهُ ، كَالْوَجْهِ الْمُشْتَرَى بِثَمَنِ الْمَبِيعِ ، لم يَجِبْ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ تَحْلِيلُ سَبِيلِهَا ، لِتَكْتَسِبَ لها ، وَتُحْصَلَ مَا تُنْفِقُهُ عَلَى نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّ فِي حَبْسِهَا بَغِيرَ نَفْقَةٍ إِضْرَارًا بِهَا . ولو كانت مُوسِرَةً ، / لم يَكُنْ لَهُ حَبْسُهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَمْلِكُ حَبْسَهَا إِذَا كَفَّاهَا^(٣٢) الْمُؤَنَةَ ، وَأَغْنَاهَا عَمَّا لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ ، وَلِحَاجَتِهِ إِلَى الْاسْتِمْتَاعِ الْوَاجِبِ عَلَيْهَا ، فَإِذَا انْتَفَى الْأَمْرَانِ ، لم يَمْلِكْ حَبْسَهَا .

فصل : وَمَنْ تَرَكَ الْإِنْفَاقَ الْوَاجِبَ لَامْرَأَةً^(٣٣) مُدَّةً ، لم يَسْقُطْ بِذَلِكَ ، وكانت^(٣٤) دَيْنًا

(٣٠) فِي الْأَصْلِ : دَلَالَةً .

(٣١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣٢) فِي ١ : دَلَالَتُهَا .

(٣٣) فِي ١ ، م : دَلَالَتُهُ .

(٣٤) فِي ١ ، م : دَلَالَتُهُ .

في ذمته ، سواء تركها^(٣٥) لمُذِرٍ أو غير مُذِرٍ ، في أظهر الروايتين . وهذا قول الحسن ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر . والرواية الأخرى : تسقط نفقتها ، ما لم يكن الحاكم قد فرضها لها . وهذا مذهب أبي حنيفة ؛ لأنها نفقة تجب يوماً فيوماً ، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم ، كنفقة الأقارب ، ولأن نفقة الماضي قد استغنى عنها بمضى وقتها ، فتسقط ، كنفقة الأقارب . ولنا ، أن عمر ، رضى الله عنه ، كتب إلى أمراء الأجناد ، في رجال غابوا عن نسائهم ، يأمرهم بأن^(٣٦) يتفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعتوا بنفقة ما مضى . ولأنها حق يجب مع اليسار والإعسار ، فلم يسقط بمضى^(٣٧) الزمان ، كأجرة العقار والديون . قال ابن المنذر : هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع ، ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بعطلها . ولأنها عوض واجب ، فأشبهت الأجرة . وفارق نفقة الأقارب ، فإنها صلة يُعتبر فيها اليسار من المنفق والإعسار ممن تجب له ، وجبت لتزجية^(٣٨) الحال ، فإذا مضى زمنها^(٣٩) استغنى عنها ، فأشبه ما لو استغنى عنها بيساره ، وهذه بخلاف ذلك . إذا ثبت هذا ، فإنه إن^(٤٠) ترك الإنفاق عليها مع يساره ، فعليه النفقة بكما إليها ، وإن تركها لإعساره ، لم يلزمه [إلا] نفقة المعسر ؛ لأن الزائد سقط بإعساره .

فصل : يَصِحُّ ضَمَانُ النِّفْقَةِ ، مَا وَجِبَ مِنْهَا وَمَا يَجِبُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ ، إِذَا قُلْنَا : إِنَّهَا تَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ . وقال الشافعي : يَصِحُّ ضَمَانُ مَا وَجِبَ ، وَفِي ضَمَانِ الْمُسْتَقْبَلِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ النِّفْقَةَ هَلْ تَجِبُ بِالْعَقْدِ أَوْ بِالتَّمَكُّينِ ؟ وَمَبْنَى الْخِلَافِ عَلَى ضَمَانِ

(٣٥) في ١ ، م : تركه .

(٣٦) في ١ ، م : أن .

(٣٧) في ب : نفقة .

(٣٨) تزجية الحال : تيسيره .

(٣٩) في ب : زمن .

(٤٠) سقط من ١ ، م .

ما لم يَجِبْ إذا كان مَالُهُ إِلَى الْوُجُوبِ ، فعندنا يَصِحُّ ، وعندهم لا يَصِحُّ . وقد ذكرنا ذلك في باب الضَّمانِ^(٤١) .

فصل : وإنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ الْخَادِمِ أَوْ الْأُذْمِ أَوْ الْمَسْكِنِ ، ثَبَتَ ذَلِكَ فِي ذِمَّتِهِ . وهذا ١٨٧/٨ ظ قال الشافعي . وقال القاضي : لا يَثْبُتُ ؛ لَأَنَّهُ مِنَ الزَّوَائِدِ / ، فلم يَثْبُتْ فِي ذِمَّتِهِ ، كالزَّائِدِ عَنِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ . ولَنَا ، أَنَّهَا نَفَقَةٌ تَجِبُ عَلَى سَبِيلِ الْعَوْضِ ، فَثَبَّتْ فِي الذِّمَّةِ ، كَالنَّفَقَةِ الْوَاجِبَةِ لِلْمَرْأَةِ قَوْلًا ، وفَارَقَ الزَّائِدَ عَنِ نَفَقَةِ الْمُعْسِرِ^(٤٢) ، فَإِنَّهُ يَسْقُطُ بِالْإِعْسَارِ .

فصل : وإذا أُنْفَقَتِ الْمَرْأَةُ عَلَى نَفْسِهَا مِنْ مَالِ زَوْجِهَا الْغَائِبِ ، ثم بَانَ أَنَّهُ قَدِمَتْ قَبْلَ إِتْفَاقِهَا ، حُسِبَ عَلَيْهَا مَا أُنْفَقَتْهُ مِنْ مِيرَاثِهَا ، سِوَاءِ أُنْفَقَتْهُ بِنَفْسِهَا ، أَوْ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ . وهذا قال أَبُو الْعَالِيَةِ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ سِيرِينَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَلَا أَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ ؛ لِأَنَّهَا أُنْفَقَتْ مَا لَا تَسْتَحِقُّ . وَإِنْ فَضَّلَ لَهَا شَيْءٌ ، فَهُوَ لَهَا . وَإِنْ فَضَّلَ عَلَيْهَا شَيْءٌ ، وَكَانَ لَهَا صَدَاقٌ أَوْ ذَيْنٌ عَلَى زَوْجِهَا ، حُسِبَ مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ، كَانَ الْفَضْلُ ذَيْنًا عَلَيْهَا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ أَعْسَرَ الزَّوْجُ بِالصَّدَاقِ ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَجْزَاءٍ ؛ أَصْحُهَا ، لَيْسَ لَهَا الْفَسْخُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ . وَالثَّانِي ، لَهَا الْفَسْخُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ أَعْسَرَ بِالْعَوْضِ ، فَكَانَ لَهَا الرُّجُوعُ فِي الْمَوْضِعِ ، كَمَا لَوْ أَعْسَرَ بِشَيْءٍ مَبِيعٍ . وَالثَّالِثُ ، إِنْ أَعْسَرَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَهَا الْفَسْخُ ، كَمَا لَوْ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي وَالْمَبِيعُ بِحَالِهِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، لَمْ تَمْلِكِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ قَدْ اسْتَوْفَى ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ تَلْفِ الْمَبِيعِ أَوْ بَعْضِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ ذَيْنٌ ، فَلَمْ يُفْسَخِ النِّكَاحُ لِلْإِعْسَارِ بِهِ ، كَالنَّفَقَةِ الْمَاضِيَةِ ، وَلِأَنَّ تَأْخِيرَهُ لَيْسَ فِيهِ ضَرَرٌ مُجْهِفٌ ، فَأَشْبَهَ نَفَقَةَ الْخَادِمِ وَالنَّفَقَةَ الْمَاضِيَةَ ، وَلِأَنَّهُ لَا

(٤١) تقدم في : ٧٥/٧ .

(٤٢) في الأصل : : المصرة .

نَصْرُ فِيهِ ، وَلَا^(٤٣) يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى الثَّمَنِ فِي^(٤٤) الْمَسْبُوعِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ كُلَّ مَقْصُودِ الْبَائِعِ ، وَالْعَادَةُ تَعْجِيلُهُ ، وَالصَّدَاقُ فَضْلُهُ^(٤٥) وَنَحْلُهُ ، لَيْسَ هُوَ الْمَقْصُودُ فِي النِّكَاحِ ، وَلِذَلِكَ لَا يَنْسُدُ النِّكَاحُ بِفَسَادِهِ ، وَلَا بِتَرْكِ ذِكْرِهِ ، وَالْعَادَةُ تَأْخِيرُهُ ، وَلِأَنَّ أَكْثَرَ مَنْ يَشْتَرِي بِثَمَنِ حَالٍ يَكُونُ مُوسِرًا بِهِ ، وَلَيْسَ الْأَكْثَرُ أَنَّ مَنْ تَزَوَّجَ بِهِمْ يَكُونُ مُوسِرًا بِهِ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى الثَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ لَا تَنْدَفِعُ إِلَّا بِهَا ، بِخِلَافِ الصَّدَاقِ ، فَأَشْبَهَ شَيْءٌ بِهِ الثَّفَقَةَ الْمَاضِيَةَ . وَلِلشَافِعِيِّ نَحْوُ هَذِهِ الْوُجُوهِ . وَإِذَا^(٤٦) قُلْنَا : لَهَا الْفَسْخُ لِلْإِعْسَارِ بِهِ . فَتَزَوَّجَتْهُ عَالِمَةٌ بِعُسْرَتِهِ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا ، وَجَهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِهِ كَذَلِكَ . وَكَذَلِكَ إِنْ عَلِمَتْ عُسْرَتَهُ بَعْدَ الْعَقْدِ ، فَرَضِيَتْ بِالْمُقَامِ ، سَقَطَ حَقُّهَا مِنَ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِإِسْقَاطِ / حَقِّهَا بَعْدَ وُجُوبِهِ^(٤٧) ، فَسَقَطَ ، كَمَا لَوْ رَضِيَتْ بِعَيْتِهِ^(٤٨) .

١٨٨٨/٨ و

فصل : وَثَفَقَةُ الْأُمَةِ الْمُزَوَّجَةِ حَقٌّ لَهَا وَلِسَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْتَفِعُ بِهَا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَلَبُهَا إِنْ امْتَنَعَ الزَّوْجُ مِنْ أَدَائِهَا ، وَلَا يَمْلِكُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا إِسْقَاطَهَا ؛ لِأَنَّ فِي سَبْقِ طَلَبِهَا بِإِسْقَاطِ أَحَدِهَا ضَرَرًا بِالْآخَرِ . وَإِنْ أَعْسَرَ الزَّوْجُ بِهَا ، فَلَهَا الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ تَفَقُّطِهَا ، فَمَلَكَتِ الْفَسْخَ ، كَالْحُرَّةِ ، وَإِنْ لَمْ تَفْسَخْ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لِسَيِّدِهَا الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي عَدَمِهَا ، لَمَا يَتَعَلَّقُ بِقَوَاتِنِهَا مِنْ قَوَاتٍ مِلْكِيَةٍ وَتَلَفِهِ ، فَإِنْ أَتَفَقَ عَلَيْهَا سَيِّدُهَا مُحْتَصِنًا بِالرُّجُوعِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِهَا عَلَى الزَّوْجِ ، رَضِيَتْ بِذَلِكَ أَوْ كَرِهَتْ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ خَالِصُ حَقِّهِ ، لَا حَقَّ لَهَا فِيهِ ، وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ حَقُّهَا بِالثَّفَقَةِ الْحَاضِرَةِ ، لَوْجُوبِ صَرَفِهَا إِلَيْهَا ، وَقَوَامِ بَدَنِهَا بِهَا ، بِخِلَافِ الْمَاضِيَةِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لِسَيِّدِهَا الْفَسْخُ لِعُسْرَةِ زَوْجِهَا بِالثَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّهَا حَقٌّ لَهَا ، فَلَمْ يَمْلِكْ سَيِّدُهَا الْفَسْخَ دُونَهَا ، كَالْفَسْخِ لِلْعَمِيٍّ ، فَإِنْ كَانَتْ مَعْتُوهُ ، أَتَفَقَ الْمَوْلَى ،

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : : فَلَا .

(٤٤) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٤٥) فِي ب : : وَصَلَةُ .

(٤٦) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : ب ، م .

(٤٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : : وَجْهًا .

(٤٨) فِي النِّسْخِ : : بِعَيْتِهِ .

وتكون النفقة ديتاً في ذمة الزوج ، وإن كانت عاقلة قال لها السيد : إن أردت النفقة ، فافسخي النكاح ، وإلا فلا نفقة لك عندي .

فصل : وإن اختلف الزوجان في الإنفاق عليها ، أو في تقييدها نفقتها ، فالقول قول المرأة ؛ لأنها منكرة ، والأصل معها . وإن اختلفا في التمكن الموجب للنفقة ، أو في وقته ، فقالت : كان ذلك من شهر . فقال : بل من يوم . فالقول قوله ؛ لأنه منكّر ، والأصل معه . وإن اختلفا في يساره ، فادعته المرأة^(٤٩) ليفرض لها نفقة الميسرين ، أو قالت : كنت ميسراً . وأكّرك ذلك ، فإن عرفت له مال ، فالقول قولها ، وإلا فالقول قوله . وبهذا كله قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وإن اختلفا في فرض الحاكم للنفقة ، أو في وقته ، فقال : فرضها منذ شهر . فقالت : بل منذ عام . فالقول قوله . وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال مالك^(٥٠) : إن كان مقيماً معها ، فالقول قوله ، وإن كان غائباً عنها ، فالقول قول المرأة من يوم رقت أمرها إلى الحاكم . ولنا ، أن قوله يوافق الأصل ، فقدّم ، كما لو كان مقيماً معها ، وكل من قلنا^(٥١) : القول / قوله . فليخصمه عليه اليمين ؛ لأنها دعاوى^(٥٢) في المال ، فأشبهت دعوى الدين ، ولأن النبي ﷺ قال : « ولكن اليمين على المدعى عليه »^(٥٣) . وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة ، أو بعث به إليها ، فقالت : إنما فعلت ذلك تبرعاً وهبة . وقال : بل وفاء للواجب على . فالقول قوله ؛ لأنه أعلم بينته ، أشبه ما لو قضى ذبته واختلف هو وغيره في نيته . وإن طلق امرأته ، وكانت حاملاً فوضعت ، فقال : طلقك حاملاً ، فانقضت عدلتك بوضع الحمل ، وانقطعت نفقتك ورجعتك .

(٤٩) في الأصل بعد هذا : « والزوج » . وفي ١ ، م : « أو الزوج » . وحذفنا ذلك كله تبعاً لما في الشرح الكبير .

(٥٠) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٥١) في الأصل : « قلت » .

(٥٢) في ١ : « دعا » . وفي م : « دعا » .

(٥٣) تقدم ترجمته ، في : ٥٢٥/٦ .

وقالت : بل بعد الوضع ، فلي التَّفَقُّة ، ولك الرجعة . فالقول قولها ؛ لأن الأصل بقاء التَّفَقُّة ، وعدم المسقط لها ، وعليها العدة ، ولا رجعة للزوج ؛ لإقراره بعدمها . وإن رجع^(٥٤) فصَدَّقَها ، فله الرجعة ؛ لأنها مُقَرَّرة له بها . ولو^(٥٥) قال : طَلَّقْتُكَ بعد الوضع ، فلي الرجعة ، ولك التَّفَقُّة . وقالت : بل وأنا حايِل . فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاء الرجعة ، ولا تَفَقُّة لها ، ولا عِدَّة عليها ؛ لأنها حَقُّ لَهِ^(٥٦) تعالى ، فالقول قولها فيها . وإن عاد فصَدَّقَها ، سَقَطَتْ رَجْعَتُهُ ، وَوَجِبَ لها التَّفَقُّة . هذا في ظاهر الحُكْم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى ، فَيُنَبِّئُ على ما يَعْلَمُهُ من حَقِيقَةِ الأَمْرِ دُونَ ما قاله .

فصل : وإن طَلَّقَ الرَّجُلُ امرأته ، فادَّعَتْ أَنَّها حَامِلٌ ، لتكون لها التَّفَقُّة ، أُنْفَقَ عليها ثلاثة أشهر ، ثم تَرَى القَوَابِلَ بعد ذلك ؛ لأنَّ الحَمْلَ^(٥٧) يَبِينُ بعد ثلاثة أشهر ، إِلَّا أن تَظْهَرَ بَرَاءَتُها من الحَمْلِ بالْحَيْضِ أو بغيره ، فَتَنْقَطِعَ نَفَقَتُها ، كما تَنْقَطِعُ إذا قال القَوَابِلُ : ليست حَامِلًا . ويُرجع عليها بما أُنْفَقَ ؛ لأنها أَخَذَتْ منه ما لا تَسْتَحِقُّه ، فَرَجَعَ عليها ، كما لو ادَّعَتْ عليه دَيْنًا وَأَخَذَتْهُ منه ، ثم تَبَيَّنَ كَذِبُها . وعن أحمد ، رواية أُخْرَى : لا يَرْجَعُ عليها ؛ لأنه أُنْفَقَ عليها بِحُكْمِ آثارِ النكاح ، فلم يَرْجَعْ به ، كالتَّفَقُّة في النكاح الفاسد^(٥٨) إِذْ تَبَيَّنَ فسادُه . وإن عَلِمَتْ بَرَاءَتُها من الحَمْلِ بِالْحَيْضِ ، فَكَفَمَتْهُ ، فَيُنَبِّئُ أن يَرْجَعَ عليها ، قولًا واحدًا ؛ لأنها أَخَذَتْ^(٥٩) التَّفَقُّةَ مع عِلْمِها بِبَرَاءَتِهِ^(٦٠) منها^(٦١) كما لو أَخَذَتْها من مَالِهِ بغير عِلْمِهِ . وإن ادَّعَتْ الرُّجْعِيَّةُ الحَمْلَ ، فَأُنْفَقَ عليها أَكْثَرُ من مُدَّةِ عِدَّتِها ، رَجَعَ عليها بِالزَّيَادَةِ ، وَيَرْجَعُ في مُدَّةِ الْعِدَّةِ إِلَيْها ؛ لأنها أَعْلَمَ بها ، فالقول قولها

(٥٤) في ا ، ب ، م : و راجع .

(٥٥) في م : وإن .

(٥٦) في ب ، م : و الله .

(٥٧) في ا : و الحامل .

(٥٨) سقط من : ب .

(٥٩) في ب ، م : و أخذ .

(٦٠) في الأصل : براءته . ولى م : و براءتها .

(٦١) سقط من : م .

١٨٩/٨ فيها مع يمينها . فإن قالت : قد ارتفع حضيي ، ولم أذري ما رفعه . فعذتها / سنة إن كانت حرة . وإن قالت : قد انقضت بثلاثة قروء . وذكرت آخرها ، فلها النفقة إلى ذلك ، ويترجع عليها بالزائد . وإن قالت : لا أذري متى آخرها . رجعت إلى عاذتها ، فحسبنا لها بها . وإن قالت : عاذتي تختلف فطول ونقص . انقضت العدة^(٦٢) بالأقصر ، لأنه اليقين . وإن قالت : عاذتي تختلف ، ولا أعلم . ردذناها إلى غالب عادات النساء ، في كل شهر قرء ؛ لأننا ردذنا المتحيرة إلى ذلك في أحكامها ، فكذلك هذه . وإن بان أنها حامل من غيره ، مثل أن تلده^(٦٣) لأكثر من^(٦٤) أربع سنين ، فلا نفقة عليه لمدة حملها ؛ لأنه من غيره . وإن كانت رجعية ، فلها النفقة في مدة عذتها ، فإن كانت^(٦٥) انقضت قبل حملها ، فلها النفقة إلى انقضائها ، وإن حملت في أثناء عذتها ، فلها النفقة إلى الوطء الذي حملت ، ثم لا نفقة لها حتى تضع حملها ، ثم تكون لها النفقة في تمام عذتها . وإن وطئها زوجها^(٦٥) في العدة الرجعية ، حصلت الرجعة . وإن قلنا : لا تخصل . فالتسب لاحتق به ، وعليه النفقة لمدة حملها . وإن وطئها بعد انقضاء عذتها ، أو وطئ البائن ، عالماً بذلك وبتحريمه ، فهو زنى ، لا يلحقه نسب الولد ، ولا نفقة عليه من أجله . وإن جهل بينوتها ، أو انقضاء^(٦٦) عدة الرجعية ، أو تحريم^(٦٧) ذلك وهو ممن يجهلها ، لحقه نسبه^(٦٨) ، وفي وجوب النفقة عليه روايتان .

١٣٨٢ - مسألة : قال : (ويجبر الرجل على نفقة والدنيه ، وولديه ، الذكور والإناث ، إذا كانوا فقراء ، وكان^(١) له ما ينفق عليهم)

(٦٢) سقط من : ب .

(٦٣-٦٤) في : أ ، ب ، م : د تلده بعد .

(٦٤) في ب زيادة : د قد .

(٦٥) في ب : د زوجة .

(٦٦) في ب : د وانقضاء .

(٦٧) في ب : د وتحريم .

(٦٨) في ب : د النسب .

(١) سقط من : الأصل .

الأصل في وُجوبِ نَفَقَةِ الوالدينِ والمُولودينِ الكتابُ والسُّنةُ والإجماعُ ؛ أمَّا الكتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْزُقْنَهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(١) . أَوْجَبَ أَجْرَ رِضَاعِ الوَلَدِ عَلَى أَبِيهِ ، وقال سبحانه : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ^(٢) . وقال سبحانه : ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ ^(٣) . ومن الإحسانِ الإنفاقُ عليهما عندَ حاجتَيْهما . ومن السُّنةِ قولُ النَّبِيِّ ﷺ لَهْنَد : « خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَرَوَتْ عائشةُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنْ أَطْيَبَ / مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ ، وَإِنْ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٥) . وَأَمَّا الإجماعُ ، فَحَكَى ابْنُ الْمُثَنِّرِ ، قَالَ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ نَفَقَةَ الْوَالِدَيْنِ الْفَقِيرَيْنِ اللَّذَيْنِ لَا كَسْبَ لهما ، وَلَا مَالٌ ، وَاجِبَةٌ فِي مَالِ الْوَلَدِ ، وَأَجْمَعَ كُلُّ مَنْ تَحَفَّظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ عَلَى الْمَرْءِ نَفَقَةَ أَوْلَادِهِ الْأَطْفَالِ الَّذِينَ لَا مَالَ لَهُمْ . وَلَئِنْ وَلَدَ الْإِنْسَانُ بَعْضُهُ ، وَهُوَ بَعْضُ الْوَلَدِ ، فَكَمَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَنْفِقَ عَلَى نَفْسِهِ وَأَهْلِهِ ، كَذَلِكَ عَلَى بَعْضِهِ وَأَصْلِهِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْأُمَّ تَجِبُ نَفَقَتُهَا ، وَيَجِبُ عَلَيْهَا أَنْ تَنْفِقَ عَلَى وَلَدِهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَحَكَى عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ لَا نَفَقَةَ عَلَيْهَا ، وَلَا هَا ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ عَصَبَةً لَوَلَدِهَا . وَلَنَا ، قَوْلُهُ سَبَحَانَهُ : ﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِرَجُلٍ سَأَلَهُ : مَنْ أَبُي ؟ قَالَ : « أُمُّكَ ، ثُمَّ أُمُّكَ ، ثُمَّ أُمُّكَ ، ثُمَّ أَبَاكَ ، ثُمَّ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٦) ، وَلِأَنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، فَأَشْبَهَتْ الْأَبَ ، ^(٧) وَلِأَنَّ بَيْنَهُمَا قَرَابَةً تُوجِبُ رَدَّ الشَّهَادَةِ ، وَوُجُوبَ الْعِشْقِ ، فَأَشْبَهَتْ الْأَبَ ^(٨) . فَإِنْ أُعْسِرَ الْأَبُ ، وَجَبَتْ النَّفَقَةُ عَلَى الْأُمِّ ، وَلَمْ تَرْجِعْ بِهَا عَلَيْهِ إِنْ أُيْسِرَ . وَقَالَ

١٨٩/٨ ط

(٢) سورة الطلاق ٦ .

(٣) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٤) سورة الإسراء ٢٣ .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

(٦) تقدم تخريجه في ٢٦٣/٨ .

(٧) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٨/٤ .

(٨) (٨-٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

أبو يوسف ومحمد : تَرَجُّعُ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ وَجِبَ عَلَيْهِ الْإِنْفَاقُ بِالْقَرَاءَةِ ، لَمْ يَرَجُّعْ بِهِ ، كَالْأَبِ .

فصل : وَبِجِبِّ الْإِنْفَاقِ عَلَى الْأَجْدَادِ وَالْجَدَّاتِ وَإِنْ عَمَلُوا ، وَوَلَدَ الْوَلَدُ وَإِنْ سَفَلُوا .
وبذلك قال الشافعي ، والثوري ، وأصحاب الرأي . وقال مالك : لَا تَجِبُ النِّفَقَةُ عَلَيْهِمْ وَلَا لَهُمْ ؛ لِأَنَّ الْجَدَّ لَيْسَ بِأَبٍ حَقِيقِيٍّ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ سَبْحَانَهُ : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ^(٩) . وَلِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي مُطْلَقِ اسْمِ الْوَلَدِ وَالْوَالِدِ ^(١٠) ، بِدَلِيلِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ خَطِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ ^(١١) . فَيَدْخُلُ فِيهِمْ وَلَدُ الْبَيِّنِ . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَلَا يُؤْنِسُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ ^(١٢) . وَقَالَ : ﴿ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ﴾ ^(١٣) . وَلِأَنَّ بَيْنَهُمَا قَرَابَةً تُوجِبُ الْعِتْقَ وَرَدَّ الشَّهَادَةِ ، فَأُشْبِهَ الْوَلَدَ وَالْوَالِدَ الْقَرِيبَيْنِ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ لَوُجُوبِ الْإِنْفَاقِ ثَلَاثَةُ شُرُوطٍ : أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونُوا فَقَرَاءً ، لَا مَالًا لَهُمْ ، وَلَا كَسْبًا يَسْتَعْتُونَ ^(١٤) بِهِ عَنْ إِنْفَاقٍ غَيْرِهِمْ ، فَإِنْ كَانُوا مُوسِرِينَ بِمَالٍ أَوْ كَسْبٍ يَسْتَعْتُونَ بِهِ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهُمْ ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ عَلَى سَبِيلِ الْمُوَاسَاةِ ، ^(١٥) وَالْمُوسِرُ مُسْتَعْتَنٌ عَنِ الْمُوَاسَاةِ ^(١٦) . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ لِمَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ النِّفَقَةُ مَا يَنفِقُ عَلَيْهِمْ ، فَاضِلاً / عَنْ نَفَقَةِ نَفْسِهِ ، إِمَّا مِنْ مَالِهِ ، وَإِمَّا مِنْ كَسْبِهِ . فَأَمَّا مَنْ لَا يُفْضَلُ عَنْهُ شَيْءٌ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ فَقِيرًا ، فَلْيَتَبَدَّ بِنَفْسِهِ ، فَإِنْ فَضَّلَ ، فَعَلَى عِيَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ فَضَّلَ ، فَعَلَى قَرَاتِيهِ » ^(١٧) .

(٩) سورة البقرة ٢٣٣ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) سورة النساء ١١ .

(١٢) سورة الحج ٧٨ .

(١٣) في الأصل : يستعينون .

(١٤-١٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٥) أخرجه مسلم ، في : باب الإنشاء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٦٩٣/٢ ، وأبو داود ، في : باب في بيع اللدبر ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٣٥٢/٢ . والشافعي ، في : باب أي =

وفى لفظ : « ابداً^(١٦) بنفسك ، ثم بمن نؤمل »^(١٧) . حديث صحيح . وروى أبو هريرة ، أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ ، فقال : يا رسول الله ، عندى^(١٨) دينار . قال : « تصدق به على نفسك » . قال : عندى آخر^(١٩) . قال : « تصدق به على زوجك »^(٢٠) . قال : عندى آخر^(٢١) . قال : « تصدق به على خادمك » . قال : عندى آخر^(٢٢) . قال : « أنت أبصر »^(٢٣) . رواه أبو داود^(٢٤) ، ولأنها مؤاساة ، فلا تجب على المحتاج ، كالزكاة . الثالث ، أن يكون المفقئ وارثاً ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾^(٢٥) . ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضى كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس ، فينبى أن يختص بوجوب صليته بالثقة دونهم ، فإن لم يكن وارثاً لعدم القرابة ، لم تجب عليه الثقة لذلك . وإن امتنع الميراث مع وجود القرابة ، لم يحل من ثلاثة أقسام ؛ أحدها ، أن يكون أحدهما رقيقاً ، فلا نفقة لأحدهما على صاحبه ، بغير خلاف^(٢٦) ؛ لأنه لا ولاية بينهما ولا إرث ، فأشبهها^(٢٧) الأجنبية ، ولأن العبد لا مال له فتجب عليه الثقة ، وكسبه لسيده ، ونفقته على سيده ، فيستغنى بها عن نفقة غيره . الثانى ، أن يكون بينهما مختلفاً ، فلا نفقة لأحدهما على صاحبه . وذكر القاضى فى عمودى النسب روايتين ؛

= الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب بيع المدير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥/٥٢ ، ٢٦٧/٧ ، ٢٦٨ .

والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٣٠٥ .

(١٦) فى الأصل : « ابداً » .

(١٧) انظر ما تقدم فى حاشية ٤/١٥٠ ، ٢٦٤ .

(١٨-١٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٩) فى ١ : « زوجتك » .

(٢٠) فى الأصل زيادة : « به » .

(٢١) تقدم تخريجه ، فى : ٤/٣٠٩ .

(٢٢) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) فى الأصل ، م : « فأشبهه » .

إحداهما ، تحب الثقة مع اختلاف الدين . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنها نفقة تجب مع اتفاق الدين ، فتجب مع اختلافه ، كنفقة الزوجة والمملوك^(٢٥) ، ولأنه يعتق^(٢٦) على قريبه ، فيجب عليه الاتفاق عليه ، كالمو اتفق بينهما . ولنا ، أنها مؤاسة على سبيل البر والصلة ، فلم تجب مع اختلاف الدين ، كنفقة غير عمودي النسب ، ولأنهما غير متوارثين ، فلم يجب لأحدهما على الآخر نفقة^(٢٧) بالقرابة ، كالمو كان أحدهما رقيقا ، وتنفق نفقة الزوجات ؛ لأنها عوض يجب مع الإغسار ، فلم ينافها اختلاف الدين ، كالصداق والأجرة ، وكذلك تجب مع الرق فيهما أو في أحدهما ، وكذلك / نفقة الصماليك ، والعتق عليه يظل بسائر^(٢٨) ذوى الرجم المحرم ، فإنهم يعتقون مع اختلاف الدين ،^(٢٩) ولا نفقة لهم معه ، ولأن هذه صلة ومؤاسة ، فلا تجب مع اختلاف الدين^(٣٠) ، كأداء زكاته إليه ، وعقيله عنه ، وإرضه منه . الثالث ، أن يكون القريب محجوبا عن الميراث بمن هو أقرب منه ، فينظر ؛ فإن كان الأقرب موسرا ، فالنفقة عليه ، ولا شيء على المحجوب به ، لأن الأقرب أولى بالميراث منه ، فيكون أولى بالاتفاق ، وإن كان الأقرب معسرا ، وكان من ينفق عليه من عمودي النسب ، وجبت نفقته على الموسر . وذكر القاضي ، في أب معسر وجد موسر ، أن النفقة على الجد . وقال ، في أم معسرة وجد موسر : النفقة على الجد . وقد قال أحمد : لا يدفع الزكاة إلى ولد ابنته ؛ لقول النبي ﷺ : « إن ابني هذا سيد »^(٣١) . فسماه ابنه ، وهو ابن ابنته ، وإذا منع من دفع الزكاة إليهم لقرايتهم ، يجب أن تلزمه نفقتهم عند حاجتهم . وهذا مذهب الشافعي . وإن كان من غير عمودي النسب ، لم تجب الثقة عليه إذا كان

(٢٥) في ب ، م : « والمملوك » .

(٢٦) في الأصل : « حق » .

(٢٧) في أ ، ب ، م : « نفقة » .

(٢٨) في الأصل : « سائر » .

(٢٩) (٢٩-٢٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٠) تقدم تخريجه ، في : ٩٨/٤ .

مَحْجُوبًا . قال القاضي ، وأبو الخطَّاب ، في ابن فقير وأخ موسى : لا تَفَقَّ عليهما ؛ لأنَّ الابن لا تَفَقَّ عليه لِعُسْرَتِهِ ، والأخ لا تَفَقَّ عليه لِعَدَمِ إِرْثِهِ ، ولأنَّ قَرَابَتَهُ ضَعِيفَةٌ لَا تَمْنَعُ شَهَادَتَهُ لَهُ ، فإذا لم يَكُنْ وَاثِرًا لم تَحِبَّ عليه التَّفَقُّ ، كَذَوِي الرَّجِيمِ . وَيَخْرُجُ فِي كُلِّ وَارِثٍ ، لَوْلَا الْحَبْثُ ، إِذَا كَانَ مَنْ يَحْبِبُهُ مُعْسِرًا وَجِهَانًا ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَفَقَّ عليه ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَارِثٍ ، أَشَبَّهُ الْأَجَنَبِيَّ . والثَّانِي ، عليه التَّفَقُّ ؛ لَوُجُودِ الْقَرَابَةِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلْإِثْرِ وَالْإِنْفَاقِ ، وَالْمَانِعِ مِنَ الْإِثْرِ لَا يَمْنَعُ مِنَ الْإِنْفَاقِ ؛ لِأَنَّهُ مُعْسِرٌ لَا يُمْكِنُ لَهُ الْإِنْفَاقُ ، فَوُجُودُهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْإِنْفَاقِ كَعَدَمِهِ .

فصل : فَأَمَّا ذَوُو الْأَرْحَامِ الَّذِينَ لَا يَرْتَوْنَ بِفَرْضٍ وَلَا تَعْصِيَةٍ ، فَإِنْ كَانُوا مِنْ غَيْرِ عُمُودِي النَّسَبِ ، فَلَا تَفَقَّ عَلَيْهِمْ . نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : الْحَالَةُ وَالْعَمَّةُ لَا تَفَقَّ عَلَيْهِمَا . قال القاضي : لَا تَفَقَّ لَهُمْ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ قَرَابَتَهُمْ ضَعِيفَةٌ ، وَإِنَّمَا يَأْخُذُونَ مَالَهُ عِنْدَ عَدَمِ الْوَارِثِ ، فَهُمْ كَسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِنَّ الْمَالَ يُصَرَّفُ إِلَيْهِمْ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَارِثٌ ، وَذَلِكَ الَّذِي يَأْخُذُهُ بَيْتُ الْمَالِ ، وَلِذَلِكَ يُقَدَّمُ الرَّدُّ عَلَيْهِمْ . / وقال أبو الخطَّابِ : يُخْرَجُ فِيهِمْ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ التَّفَقَّ تَلَزَمَهُمْ عِنْدَ عَدَمِ الْعَصَبِيَّاتِ وَذَوِي الْفُرُوضِ ؛ لِأَنَّهُمْ وَارْتَوْنَ فِي تِلْكَ الْحَالِ . قال ابنُ أَبِي مُوسَى : هَذَا يَقْتَضِيهِ عَلَى مَعْنَى قَوْلِهِ ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمُنْصَوِّصُ عَنْهُ . فَأَمَّا عُمُودُ النَّسَبِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِمْ ، سَوَاءً كَانُوا مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، كَأَبِي (٣١) الْأُمِّ وَابْنِ الْبَنَاتِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمْ ، وَسَوَاءً كَانُوا مَحْجُوبِينَ أَوْ وَارِثِينَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ قَرَابَتَهُمْ قَرَابَةٌ جُزْئِيَّةٌ وَبَعْضِيَّةٌ ، وَتَقْتَضِي رَدَّ الشَّهَادَةِ ، وَتَمْنَعُ جَرْيَانَ الْقَصَاصِ عَلَى الْوَالِدِ بِقَتْلِ الْوَلَدِ وَإِنْ سَقَلَ ، فَأَوْجَبَتِ التَّفَقُّ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، كَقَرَابَةِ الْأَبِ الْأَدْنَى .

فصل : وَلَا يُشْتَرَطُ فِي وُجُوبِ تَفَقُّ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ تَقْصُ الْخِلْفَةِ ، وَلَا نَقْصُ الْأَحْكَامِ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، وَظَاهِرِ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ فَإِنَّهُ أَوْجَبَ نَفَقَتَهُمْ مُطْلَقًا إِذَا

كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم . وقال القاضي : لا يُشترط في الوالدين . وهل يُشترط ذلك في الولد ؟ فكلام أحمد يقتضي روايتين ؛ إحداهما ، تلزم^(٣٢) نفقته ؛ لأنه فقير . والثانية ، أنه^(٣٣) إن كان يكتسب فينفق على نفسه ، لم تلزم نفقته . وهذا القول يرجع إلى أن الذي لا يقدر على كسب ما يقوم به تلزم نفقته ، رواية واحدة ، سواء كان ناقص الأحكام ، كالصغير والمجنون ، أو ناقص الخلقة ، كالزمن ، وإنما الروايتان في من لا حرفة له ممن يقدر على الكسب بيده . وقال الشافعي : يُشترط نقصائه ، إما من طريق الحكم ، أو من طريق الخلقة . وقال أبو حنيفة : ينفق على الغلام حتى يبلغ ، فإذا بلغ صحیحا ، انقطعت نفقته ، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تنزوجه^(٣٤) . ونحوه قال مالك ، إلا أنه قال : ينفق على النساء حتى يتزوجن ، ويدخل بهن الأزواج ، ثم لا نفقة لهن ، وإن طلقن ، ولو^(٣٥) طلقن^(٣٦) قبل البتاء بهن ، فهن على نفقتهن . ولنا ، قول النبي ﷺ لهند : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » . لم يستثن منهم بالغا ولا صحیحا ، ولأنه والد أو ولد فقير ، فاستحق النفقة على والده أو ولده العني ، كما لو كان زمنا أو مكثوفا ، فأمّا الوالد ، فإن أبا حنيفة وافقنا على وجوب نفقته صحیحا إذا لم يكن ذا كسب ، وللشافعي في ذلك قولان . ولنا أنه / والد محتاج ، فأشبهه الزمن .

فصل : ومن كان له أب من أهل الإنفاق ، لم تجب نفقته على سواه ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُمَّهُنَّ ﴾ . وقال : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾ . وقال النبي ﷺ لهند : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » . فجعل النفقة على أبيهم دونها . ولا خلاف في هذا تعلمه ، إلا أن لأصحاب الشافعي ، فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن مؤسيران ، وجهين ؛ أحدهما ، أن النفقة على الأب وحده . والثاني ، عليهما جميعا ؛ لتساويهما في القرب . ولنا ، أن النفقة على الأب منصوص عليها ، فيجب اتباع النص ، وترك ما عداه .

(٣٢) في م : تلزمه .

(٣٣) سقط من م .

(٣٤) في الأصل ، أ : تنزوج .

(٣٥) في ب : أو .

(٣٦) سقط من ب .

فصل : وَلَزِمَ الرَّجُلَ إِغْفَافُ أَبِيهِ ، إِذَا احتَاجَ إِلَى النِّكَاحِ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعي . ولم في إِغْفَافِ الأبِ الصَّحِيحِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ . ^(٣٧) وقال أبو حنيفة : لَا يَلْزَمُ الرَّجُلَ إِغْفَافُ أَبِيهِ ، سواءَ وَجَبَتْ نَفَقَتُهُ أَوْ لَمْ تَجِبْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ أَعْظَمِ الْمَلَذِّ ، فَلَمْ تَجِبْ لِلأَبِ ، كَالْحُلُوءِ ، وَلَئِنْ أَحَدُ الْإِبْنَيْنِ ، فَلَمْ يَجِبْ ^(٣٨) لَهُ ذَلِكَ كَالأُمِّ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ مَعَانِدُ عَوْ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ ، وَيَسْتَضِيرُ بِفَقْدِهِ ، فَلَزِمَ ابْنَهُ لَهُ ، كَالنَّفَقَةِ ، وَلَا يُشْبِهُ الْحُلُوءَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَضِيرُ بِفَقْدِهَا ، وَإِنَّمَا يُشْبِهُ الطَّعَامَ وَالْأَذَمَ ، وَأَمَّا الأُمُّ فَإِنَّ ^(٣٩) إِغْفَافَهَا إِنَّمَا هُوَ تَرْوِجُهَا ^(٤٠) إِذَا طَلَبْتَ ذَلِكَ ، وَخَطَبَهَا كَفُّوْهَا ، وَنَحْنُ نَقُولُ بِوُجُوبِ ذَلِكَ عَلَيْهِ ، وَهَمَّ يُوَافِقُونَنَا فِي ذَلِكَ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ إِغْفَافُ مَنْ لَزِمَتْ نَفَقَتُهُ مِنَ الآبَاءِ وَالْأَجْدَادِ ، فَإِنْ اجْتَمَعَ جَدَّانِ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا إِغْفَافَ أَحَدِهِمَا ، قَدَّمَ الْأَقْرَبَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مِنْ جِهَةِ الأبِ وَالْآخَرُ مِنْ جِهَةِ الأُمِّ ، فَيَقْدَمُ الَّذِي مِنْ جِهَةِ الأبِ وَإِنْ بَعُدَ ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ ، وَالشَّرْعُ قَدْ اعْتَبَرَ جِهَتَهُ فِي التَّوْرِيثِ وَالتَّعْصِيبِ ، فَكَذَلِكَ فِي الْإِنْفَاقِ وَالِاسْتِحْقَاقِ .

فصل : وَإِذَا وَجَبَ عَلَيْهِ إِغْفَافُ أَبِيهِ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ ، إِنْ شَاءَ زَوْجَهُ حُرَّةً ، وَإِنْ شَاءَ مَمْلُوكَةً أُمَةً ، أَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَا يَزَوِّجُ بِهِ حُرَّةً أَوْ يَشْتَرِي بِهِ أُمَةً ، وَلَيْسَ لِلأَبِ التَّخْيِيرُ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ الأبُ إِذَا عَيَّنَ امْرَأَةً ، وَعَيَّنَ الابْنُ أُخْرَى ، وَصَدَّقَهُمَا وَاحِدٌ ، قَدَّمَ تَعْيِينَ الأبِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَهُ ، وَالْمُؤَنَّةَ وَاحِدَةً ، فَقَدَّمَ قَوْلَهُ كَمَا لَوْ عَيَّنَتِ الْبَنْتُ كَفُّوْهَا ، وَعَيَّنَ الأبُ كَفُّوْهَا ، لَقَدَّمَ ^(٤١) تَعْيِينَهَا . / وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الصَّدَاقِ ، لَمْ يَلْزَمِ الابْنَ الْأَكْثَرُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُ أَقْلُ مَا تَحْصُلُ بِهِ الْكِفَايَةُ ، وَلَكِنْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَزَوِّجَهُ أَوْ يُمْلِكَهُ قَبِيحَةً أَوْ كَبِيرَةً لَا اسْتِمْتَاعَ فِيهَا ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَزَوِّجَهُ أُمَةً ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا عَلَيْهِ ، وَهُوَ إِزْقَاقُ وَلَدِهِ ، وَالتَّقْصُصُ فِي اسْتِمْتَاعِهِ .

(٣٧-٣٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٨) سقط من : ب .

(٣٩-٣٩) في ب ، م : ؛ فَإِنَّمَا إِغْفَافُهَا بِتَرْوِجِهَا .

(٤٠) في م : ؛ يَقْدَمُ .

وإن رَضِيَ الأبُ بذلك لم يَحْزَ ، لأنَّ الضررَ يَلْحَقُ بغيرِهِ ، وهو الولدُ ، ولذلك لم يَكُنْ للمؤسِّر أن يَتَزَوَّجَ أُمَّهُ . وإذا زَوَّجَهُ زوجةً أو مَلَكَه أُمَّهُ ، فعليه نفقته ونفقَتُها . ومتى أَيْسَرَ الأبُ ، لم يَكُنْ للولدِ اسْتِزْجَاعُ ما دَفَعَهُ إليه ، ولا عِيَاضُ ما زَوَّجَهُ به ؛ لأنَّهُ دَفَعَهُ إليه في حَالِ وُجُوبِهِ عليه ، فلم يَمْلِكِ اسْتِزْجَاعَهُ ، كَالزَّكَاةِ . وإن زَوَّجَهُ أو مَلَكَه أُمَّهُ^(١١) فطَلَّقَ الزَّوْجَةَ أو أَعْتَقَ الْأُمَّةَ ، لم يَكُنْ عليه^(١٢) أن يَزَوَّجَهُ أو يُمْلِكَهُ ثَانِيًا ؛ لأنَّهُ قَوَّتَ ذَلِكَ عَلَى نَفْسِهِ . وإن مَاتَتْ ، فعليه إِغْفَاؤُهُ ثَانِيًا ؛ لأنَّهُ لَا صَنْعَ لَهُ فِي ذَلِكَ .

فصل : قال أصحابنا : وعلى الأبِ إِغْفَاؤُ ابْنِهِ إذا كانت عليه نَفَقَتُهُ ، وكان مُحْتَاجًا إلى إِغْفَاؤِهِ . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشافعيِّ . وقال بعضهم : لَا يَجِبُ ذَلِكَ عَلَيْهِ . ولنا ، أَنَّهُ مِنْ عَمُودِي نَسَبِهِ ، وَتَلَزُمُهُ نَفَقَتُهُ ، فَلَزِمَهُ^(١٣) إِغْفَاؤُهُ عِنْدَ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ ، كَأَبِيهِ . قال القاضي : وكذلك يَجِبُ فِي كُلِّ مَنْ لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهُ ؛ مِنْ أَخٍ ، أو عَمٍّ^(١٤) ، أو غيرِهِمْ ؛ لأنَّ أَحْمَدَ قد نَصَّ فِي الْعَبْدِ : يَلْزِمُهُ أَنْ يَزَوَّجَهُ إذا طَلَبَ ذَلِكَ ، وَالْأَبِيَّ عَلَيْهِ . وَكُلُّ مَنْ لَزِمَهُ إِغْفَاؤُهُ ، لَزِمَتْهُ نَفَقَةُ زَوْجَتِهِ ؛ لأنَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الْإِغْفَاكِ إِلَّا بِذَلِكَ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْأَبُ نَفَقَةَ زَوْجَةِ الْإِبْنِ . وَهَذَا عَمَلٌ عَلَى أَنَّ الْإِبْنَ كَانَ يَجِدُ نَفَقَتَهَا .

١٣٨٣ - مسألة : قال : (وَكَذَلِكَ الصَّبِيُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ ، أَجْبَرَ وَارِدُهُ عَلَى نَفَقَتِهِ ، عَلَى قَلْبِ مِيرَاثِهِمْ مِنْهُ)

ظاهرُ المذهبِ أَنَّ التَّفَقُّعَ تَجِبُ عَلَى كُلِّ وَارِثٍ لِمَوْرُوثِهِ ، إِذَا اجْتَمَعَتِ الشُّرُوطُ الَّتِي تَقْدَمُ^(١) ذِكْرُنَا هَا . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَالتَّحَوُّيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَالْحَسَنُ

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) في الأصل : د له .

(١٣) في ب ، م : د فَيَلْزِمُهُ .

(١٤) في الأصل ، ب ، م : د وَعَم .

(١-١) في ب : د ذَكَرَهَا .

ابن^(١) صالح ، وابنُ أبي ليلى ، وأبو ثور . وحكى ابنُ المُنْذِرِ ، عن أحمد ، في الصَّيِّ
 المُرْضِعِ لأب له^(٢) ولا جد ، نفقته وأجرُ رضاعه على الرجالِ دونَ النساءِ . وكذلك رَوَى
 بكرُ بن محمد ، عن أبيه ، عن أحمد : الثَّفَقَةُ على العَصَبَاتِ . وبه قال الأوزاعيُّ ،
 وإسحاقُ . / وذلك لما رَوَى عن عمر ، رضي الله عنه ، أَنَّهُ قَضَى على بَنِي عَمِّ مَنفُوسٍ
 بِثَفَقَتِهِ^(٣) . احتجَّ به أحمدُ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : رَوَى عن عمر أَنَّهُ حَبَسَ عَصَبَةَ يَتِيمٍ^(٤)
 على صَيِّ ، الرجالِ دونَ النساءِ^(٥) . ولأنَّها مواساةٌ ومَعُونَةٌ تُخْتَصُّ القَرَابَةُ ، فاختصَّتْ
 بِهَا العَصَبَاتُ^(٦) ، كالعَقْلِ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : تجبُ الثَّفَقَةُ على كُلِّ ذِي رَحِمٍ
 مَحْرَمٍ ، ولا تجبُ على غيرهم ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ
 فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾^(٧) . وقال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : لا ثَفَقَةُ إِلَّا على المَوْلُودَيْنِ
 والوالِدَيْنِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ^(٨) قال لرجل^(٩) سأله : عندى دينارٌ ؟ قال : « أَثِفَقُهُ عَلَىٰ
 نَفْسِكَ » . قال : عندى آخَرُ ؟ قال : « أَثِفَقُهُ عَلَىٰ وَلَدِكَ »^(١٠) . قال : عندى آخَرُ ؟
 قال : « أَثِفَقُهُ عَلَىٰ أَهْلِكَ »^(١١) . قال : عندى آخَرُ ؟ قال : « أَثِفَقُهُ عَلَىٰ
 خَادِمِكَ » . قال : عندى آخَرُ ؟^(١٢) . قال : « أَنْتَ أَغْلَمُ »^(١٣) . ولم يَأْمُرْهُ

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه ابنُ أبي شيبة ، في : باب من قال : الرضاع على الرجال دون النساء ، من كتاب الطلاق . المصنف
 ٢٤٦/٥ ، ٢٤٧ . وابن جرير ، في : تفسير سورة البقرة ، الآية ٢٣٣ ، تفسير الطبري ٥٠٠/٢ .

(٤) في الأصل : « منفوس » . وعند البيهقي وسعيد ، أنه خير عصبه صبي .

(٥) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في قول الله عز وجل : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ، من كتاب النفقات .
 السنن الكبرى ٤٧٨/٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن
 ١١٣/٢ .

(٦-٦) في ١ ، ب ، م : « بالعصبات » .

(٧) سورة الأنفال ٧٥ .

(٨-٨) سقط من : م .

(٩) في م : « أهلك » .

(١٠) في م : « خدامك » .

(١١) في م زيادة : « به » .

(١٢) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٩/٤ .

بإتفاقه على غير هؤلاء ، ولأنَّ الشرع إنما ورَدَ بِنَفَقَةِ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودِينَ ، وَمَنْ سِوَاهُمْ لَا يَلْحَقُ بِهِمْ فِي الْوِلَادَةِ وَأَحْكَامِهَا ، فَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ ^(١٣) عَلَيْهِمْ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . ثُمَّ قَالَ : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ يَثُلُ ذَلِكَ ﴾ . فَأَوْجَبَ عَلَى الْأَبِ نَفَقَةَ الرِّضَاعِ ، ثُمَّ عَطَفَ الْوَارِثَ عَلَيْهِ ، فَأَوْجَبَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلَ مَا أَوْجَبَ عَلَى الْوَالِدِ . وَرَوَى أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ ^(١٤) : مَنْ أُمِرُ ؟ قَالَ : « أُمُّكَ وَأَبَاكَ ، وَأَخْتُكَ وَأَخَاكَ » . وَفِي لَفِظٍ : « وَمَوْلَاكَ الَّذِي هُوَ أَذْنَاكَ ، حَقًّا وَاجِبًا ، وَرَجِمًا مَوْصُولًا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١٥) . وَهَذَا نَصٌّ ؛ لِأَنَّ ^(١٦) النَّبِيَّ ﷺ أَلَزَمَهُ الصَّلَةَ وَالْبِرَّ ، وَالتَّفَقُّةَ مِنَ الصَّلَةِ ، جَعَلَهَا حَقًّا وَاجِبًا ، وَمَا احْتَجَّ بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ حُجَّةً عَلَيْهِ ، فَإِنَّ اللَّفْظَ عَامٌّ ^(١٧) كُلِّ ذِي رَجِيمٍ ، فَيَكُونُ حُجَّةً عَلَيْهِ ^(١٨) فِي عِدَادِ ^(١٩) الرَّجِيمِ الْمَحْرَمِ ، وَقَدْ اسْتَحْصَتْ بِالْوَارِثِ فِي الْإِرْثِ فَكَذَلِكَ فِي الْإِنْفَاقِ . وَأَمَّا خَيْرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، فَقَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَيْرُ مِنْ أَمْرِ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، وَهَذَا لَمْ يَذْكُرِ الْوَالِدَ وَالْأَجْدَادَ وَأَوْلَادَ الْأَوْلَادِ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ . قُلْنَا : إِنَّمَا أُثْبِتْنَا بِالنَّصِّ ، ثُمَّ إِنَّهُمْ قَدْ أَحَقُّوا أَوْلَادَ الْأَوْلَادِ بِالْأَوْلَادِ ، مَعَ التَّفَاوُتِ ، فَبَطَلَ مَا قَالُوهُ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَحْتَضِرُ بِالْوَارِثِ بَقَرَضٍ أَوْ تَعْصِيبٍ ، لِعُمُومِ الْآيَةِ ، وَلَا يَتَنَاوَلُ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، عَلَى مَا مَضَى بَيَانُهُ ، فَإِنْ كَانَ اثْنَانِ يَرِثُ / أَحَدُهُمَا الْآخَرَ وَلَا يَرِثُهُ الْآخَرُ ، كَالرَّجُلِ مَعَ عَمَّتِهِ أَوْ ابْنَةِ عَمِّهِ وَابْنَةِ أَخِيهِ ، وَالْمَرْأَةِ مَعَ ابْنَةِ بَنِيهَا وَابْنِ ^(٢٠) بَنِيهَا ، فَالْتَّفَقَ عَلَى الْوَارِثِ دُونَ الْمَوْرُوثِ . نَصٌّ

١٩٣/٨

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « قِيَاسُهُ » .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م ،

(١٥) فِي : بَابِ فِي بَرِّ الْوَالِدَيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدَبِ . مِثْنُ أَبِي دَاوُدَ ٦٢٩/٢ .

كَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ ابْنَيْهَا الْيَدِ الْعُلْيَا ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . الْمَجْتَبَى ٤٦/٥ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمَسْنَدِ

٣٧٧/٥ ، ٦٥ ، ٦٤/٤ ، ٢٢٦/٢ .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : أ .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى » .

(١٨-١٩) فِي : أ ، ب ، م : « فِيمَنْ عَدَا ذَا » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

عليه أحمد ، في رواية ابن زياد ، فقال : يَلْزَمُ الرَّجُلَ نَفَقَةُ^(١٠) بِنْتِ عَمِّهِ^(١١) ، وَلَا يَلْزَمُهُ نَفَقَةُ بِنْتِ أُخْتِهِ . وذكر أصحابنا رواية أخرى ، لَا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى الْوَارِثِ هَهُنَا ؛ لقول أحمد : الْعَمَّةُ وَالْخَالَه لَا نَفَقَةَ لهما . إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَ قَالَ : هذه الرواية محمولة على العمّة من الأم ، فإنه لا يرثها ؛ لكونه ابن أخيها من أمها . وقد ذكر الخِرَقِيُّ ، أن على الرجل نفقة معيقتة ؛ لأنه وارثه . ومعلوم أن المعتق لا يرث معيقتة ، ولا يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ . فعلى هذا ، يَلْزَمُ الرَّجُلَ نَفَقَةُ عَمَّتِهِ لِابْنَتِهِ أَوْ لِأَيِّهِ وَابْنَةِ عَمِّهِ وَأَبْنَةِ أُخْتِهِ كَذَلِكَ ، وَلَا يَلْزَمُهُنَّ نَفَقَتُهُ . وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ . وكل واحد من هؤلاء وارث .

١٣٨٤ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَ لِلصَّبِيِّ أُمٌّ وَجَدَّ ، فَعَلَى الْأُمِّ ثُلُثُ النَّفَقَةِ ، وَعَلَى الْجَدِّ ثُلَاثُ النَّفَقَةِ)

وجملته أنه إذا لم يكن للصبي أب ، فالنفقة على وارثه . فإن كان له وإرثان ، فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه ، وإن كانا ثلاثة أو أكثر ، فالنفقة بينهم على قدر إرثهم منه ؛ فإذا كان له أم وجد ، فعلى الأم الثلث والباقي على الجد ؛ لأنهما يرثانه كذلك . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : النفقة كلها على الجد ؛ لأنه ينفرد بالتعصيب ، فأشبهه الأب . وقد ذكرنا رواية أخرى عن أحمد ، أن النفقة على العصبات خاصة . ولنا قول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾^(١٢) . والأم وارثة ، فكان عليها بالنص ، ولأنه معنى يُسْتَحَقُّ بالنسب ، فلم يختص به الجد دون الأم ، كالوارثة .

(١٠) - ٢٠ - في م : ١٠ عتته .

(١١) في ب : ١٠ فلانها .

(١٢) سورة البقرة ٢٣٣ .

فصل : وإن اجتمع ابن بنت ، فالثقة بينهما أثلاثاً ، كالمرأث . وقال أبو حنيفة : الثقة عليهما سواء ؛ لأنهما سواء في القرب . وإن كانت ^(١) أم وابن ، فعلى الأم السدس ، والباقي على الابن . وإن كانت بنت وابن ابن ، فالثقة بينهما نصفان ^(٢) . وقال أبو حنيفة : الثقة على البنت ؛ لأنها أقرب . وقال الشافعي في هذه المسائل الثلاث : الثقة على الابن ؛ لأنه العصبة . وإن كانت له أم وبنت ، فالثقة بينهما أربعة ؛ لأنهما يرثانه كذلك . وبه قال / أبو حنيفة . وقال الشافعي : الثقة على البنت ؛ لأنها تكون عصبة مع أخيها . وإن كانت له ^(٣) بنت وابن بنت ، فالثقة على البنت . وقال أصحاب الشافعي ، في أحد الوجهين : الثقة على ابن البنت ؛ لأنه ذكر . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ . فترتب الثقة على الإزث ، فيجب أن ترتب في المقدار عليه ، وإيجابها على ابن البنت يخالف ^(٤) النص والمعنى ، فإنه ليس بعصبة ولا وارث ، فلا معنى لإيجابها عليه دون البنت الوارثة .

١٣٨٥ - مسألة : قال : (فإن كانت جدّة وأخا ، فعلى الجدّة سدس الثقة والباقي على الأخ ، وعلى هذا المعتبر حساب النفقات)

يعنى أن ترتب النفقات ^(١) على ترتيب الميراث ، فكما أن للجدّة ههنا سدس الميراث ، فعليها سدس الثقة ، وكأن الباقي للأخ ، فكذلك الباقي من الثقة عليه . وعند من لا يرى الثقة على غير عمودي النسب ، يجعل الثقة كلها على الجدّة . وهذا أصل قد سبق الكلام فيه . فإن اجتمع بنت وأخت ، أو بنت وأخ ، أو بنت وعصبة ، أو أخت وعصبة ، أو أخت وأم ، أو بنت وبنت ابن ، أو أخت لأبوين وأخت لأب ، أو

(٢) في م : « كان » .

(٣) في م : « نصفين » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م ، « بخلاف » .

(١) في م : « الثقة » .

ثلاث أخوات مُفترقات^(٢) ، فالتفقهَ بينهم على قدر الميراث في ذلك ، سواء كان في المسألة ردًّا أو عولاً ولم يكن . وعلى هذا تحسب ما أتاك من المسائل^(٣) . وإن اجتمع أمُّ أمٍّ وأمُّ أبٍ ، فهما سواء في التفقة ؛ لاستوائيهما في الميراث .

فصل : فإن اجتمع أبوا^(٤) أمٍّ ، فالتفقهَ على أمِّ الأمِّ ؛ لأنها الواثة . وإن اجتمع أبوا^(٥) أبٍ ، فعلى أمِّ الأب السدس ، والباقي على الجد . وإن اجتمع جدُّ وأخ ، فهما سواء . وإن اجتمعت أمُّ وأخ وجد ، فالتفقهَ بينهم أثلاثاً . وقال الشافعي : التفقهَ على الجد في هذه المسائل كلها ، إلا المسألة الأولى ، فالتفقهَ عليهما بالسوية . وقد مضى الكلام على أصل هذا فيما تقدّم .

فصل : فإن كان في من عليه التفقة ختنى مُشكّل ، فالتفقهَ عليه بقدر ميراثه ، فإن انكشف بعد ذلك حاله ، فبان أنه اتفق أكثر من الواجب عليه ، رجّع بالزيادة على شريكه في الإنفاق ، وإن بان أنه اتفق أقل ، رجّع عليه ، فلو كان للرجل ابنٌ وولدت ختنى ، عليهما نفقته ، فاتفقا عليه ، ثم بان أن الختنى / ابنٌ ، رجّع عليه أخوه بالزيادة ، وإن بان بنتا ، رجعت على أحبيها بفضل نفقتهما ؛ لأن من له الفضل أدى ما لا يجب عليه أداؤه ، معتقداً وجوبه^(٦) ، فإذا تبين خلافه ، رجّع بذلك ، كما لو أدى ما يعتقده ديناً^(٧) فبان خلافه .

فصل : فإن كان له قرابتان مُوسيران ، وأخذهما مُحجوب عن ميراثه بفقير^(٨) ، فقد ذكرنا أنه إن كان المحجوب من عمودي النسب ، فالظاهر أن الحجب لا يسقط

(٢) في الأصل ، م : : متفرقات .

(٣) في ب ، م ، : : مسائل .

(٤) في ا ، ب ، م ، : : أبو .

(٥) سقط من : ب .

(٦-٦) في م : : فابان بخلافه .

(٧) في ب : : نفقة ؛ خطأ . وفي م : : فقير .

الثَّفَقَةُ عنه ، وإن كان من غيرهما ، فلا ثَفَقَةَ عليه . فعلى هذا ، إذا كان له أبوانِ وَجَدَ ، والأبُ مُعْسِرٌ ، كان الأبُ كالمَعْدُومِ ، فيكونُ على الأمُّ ثَلَاثُ الثَّفَقَةِ ، والباقي على الجدِّ . وإن كان معهم زَوْجَةٌ ، فكذلك . وإن قلنا : لا ثَفَقَةَ على المَحْجُوبِ . فليس على الأمُّ ههنا إِلَّا رُبْعُ الثَّفَقَةِ ، ولا شيء على الجدِّ . وإن كان أبوانِ وَأَخَوَانِ وَجَدَ ، والأبُ مُعْسِرٌ ، فلا شيء على الأخوين ؛ لأنَّهما مَحْجُوبَانِ ، وليسا من عُمُودِي النِّسَبِ ، ويكونُ على الأمِّ الثَّلَاثُ ، والباقي على الجدِّ ، كما لو لم يكن أَحَدٌ غَيْرَهما . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ على الأمِّ إِلَّا السُّدُسُ ؛ لأنَّه لو كان الأبُ مَعْدُومًا ، لم تَرِثْ إِلَّا السُّدُسُ . وإن قلنا : إنَّ كُلَّ مَحْجُوبٍ لا ثَفَقَةَ عليه . فليس على الأمِّ إِلَّا السُّدُسُ ، ولا شيء على غيرهما . وإن لم يكن في المسألة جَدٌّ ، فالثَّفَقَةُ كُلُّهَا على الأمِّ . على القولِ الأوَّلِ . وعلى الثاني ، ليس عليها إِلَّا السُّدُسُ . وإن قلنا : إنَّ على المَحْجُوبِ بالمُعْسِرِ الثَّفَقَةَ ، وإن كان من غيرِ عُمُودِي النِّسَبِ . فعلى الأمِّ السُّدُسُ ، والباقي على الجدِّ والأخوين اثْنَلَاثًا ، كما يَرِثُونَ إذا كان الأبُ مَعْدُومًا . وإن كان بعضُ مَنْ عليه الثَّفَقَةُ غَائِبًا ، وله مَالٌ حَاضِرٌ ، أَتَّفَقَ الحَاكِمُ منه حِصَّتُهُ ، وإن لم يُوجَدْ له مَالٌ حَاضِرٌ ، فَأَمَكَّنَ الحَاكِمُ الاقْتِرَاضَ عليه ، اقْتَرَضَ ، فإذا قَدِمَ ، فعليه وَقَاؤُهُ .

فصل : وَمَنْ لم يُفَضَّلْ عن قُوَّتِهِ إِلَّا ثَفَقَةُ شَخْصٍ ، وله امرأةٌ ، فالثَّفَقَةُ لها دُونَ الْأَقَارِبِ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ ، في حديثِ جَابِرٍ : « إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ فَقِيرًا ، فَلْيَبْذُأْ بِنَفْسِهِ ، ^(٨) فَإِنْ كَانَ ^(٩) فَضَّلَ ، فَعَلَى عِيَالِهِ ^(١٠) ، فَإِنْ كَانَ ^(١١) فَضَّلَ ، فَعَلَى قَرَابَتِهِ ^(١٢) . » ولأنَّ ثَفَقَةَ الْقَرِيبِ مُوَاسَاةٌ ، وَثَفَقَةُ الْمَرْأَةِ تَجِبُ على سَبِيلِ الْمُعَاوَضَةِ ، فَقَدِمَتْ على مُجَرَّدِ الْوَاسَاةِ ، وَلِذَلِكَ وَجِبَتْ مَعَ يَسَارِهَا وَإِعْسَارِهَا ، وَثَفَقَةُ الْقَرِيبِ بِخِلَافِ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ

(٨-٨) سقط من : ب .

(٩) ل ، ا ، م زيادة : له .

(١٠) تقدم تحريكه ، في صفحة ٣٧٤ .

نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ تَجِبُ لِحَاجَتِهِ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى نَفَقَةِ الْقَرِيبِ^(١١) ، كَنَفَقَةِ نَفْسِهِ ، ثُمَّ مِنْ^(١٢) بَعْدَهَا^(١٣) نَفَقَةُ الرَّقِيقِ ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ مَعَ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى مُجَرَّدِ الْمَوَاسَاةِ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ . فَإِنْ اجْتَمَعَ أَبٌ وَجَدُّ ، أَوْ ابْنٌ^(١٤) وَابْنُ ابْنٍ ، قُدِّمَ الْأَبُ عَلَى الْجَدِّ ، وَالابْنُ عَلَى ابْنِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : يَسْتَوِي الْأَبُ وَالْجَدُّ ، وَالابْنُ وَابْنُهُ ؛ لِتَسَاوِيهِمْ فِي الْوِلَادَةِ وَالتَّعْصِيبِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَبَ وَالابْنَ أَقْرَبُ وَأَحَقُّ بِمِرَالِهِ ، فَكَانَ أَحَقُّ ، كَالأَبِ مَعَ الْأَخِ . وَإِنْ اجْتَمَعَ ابْنٌ وَجَدُّ ، أَوْ أَبٌ وَابْنُ ابْنٍ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَقْدِيمُ الْابْنِ وَالأَبِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَقْرَبُ ، فَإِنَّهُمَا يَلِيَانِيهِ بغيرِ واسطةٍ ، وَلَا يَسْقُطُ إِزْنُهُمَا بِحَالٍ ، وَالْجَدُّ وَابْنُ الْابْنِ بِخِلَافِهِمَا ، وَيَحْتَمَلُ التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا^(١٥) سَوَاءٌ فِي الْإِرْثِ وَالتَّعْصِيبِ وَالْوِلَادَةِ . وَإِنْ اجْتَمَعَ جَدُّ وَابْنُ ابْنٍ ، فَهُمَا سَوَاءٌ ؛ لِتَسَاوِيِهِمَا فِي الْقُرْبِ وَالْإِرْثِ وَالْوِلَادَةِ وَالتَّعْصِيبِ . وَيَحْتَمَلُ فِيهِمَا مَا يَحْتَمَلُ فِي الْأَبِ وَالابْنِ ، عَلَى مَا سَنَدُكُرُهُ .

فصل : وَإِنْ اجْتَمَعَ أَبٌ وَابْنٌ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَ الْابْنُ^(١٦) صَغِيرًا ، أَوْ مَجْنُونًا ، قُدِّمَ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ وَجِبَتْ بِالتَّصَرُّ ، مَعَ أَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْكَسْبِ ، وَالْأَبُ قَدِيدٌ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ الْابْنُ كَبِيرًا ، وَالْأَبُ زَمِينًا^(١٧) ، فَهُوَ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهُ أَكْثَرُ ، وَحَاجَتَهُ أَشَدُّ . وَيَحْتَمَلُ تَقْدِيمُ الْابْنِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ وَجِبَتْ بِالتَّصَرُّ . وَإِنْ^(١٨) كَانَا صَاحِبَيْنِ فِقِيرَيْنِ ، فَفِيهِمَا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهُمَا ، التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمَا ؛ لِتَسَاوِيِهِمَا فِي الْقُرْبِ ، وَتَقَابُلِ

(١١) فِي م : : الْقَرَابَةِ .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٣) فِي أ : : بَعْدَهُمَا .

(١٤) فِي م : : وَابْنٍ .

(١٥) فِي م : : لِأَنَّهَا .

(١٦) فِي م : : ابْنٍ .

(١٧) فِي أ : : زَوْجًا .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : : وَإِذَا .

مرتبتيهما . والثاني ، تقديم الابن ؛ لوجوب نفقته بالنص . والثالث ، تقديم الأب ، لتأكيد حرمة . وإن اجتمع أبوان ، ففيهما الوجوه الثلاثة ؛ أحدها ، التسوية ؛ لما ذكرنا . والثاني ، تقديم الأم ؛ لأنها أحق بالبر ، ولها فضيلة الحمل والرضاع والتربية ، وزيادة الشفقة ، وهي أضعف وأعجز . والثالث ، تقديم الأب ، لفضيلته ، والفراده بالولاية على ولده ، واستحقاق الأخذ من ماله ، وإضافة النبي ﷺ الولد وماله إليه بقوله : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ »^(١٩) . والأول أولى . وإن اجتمع جد وأخ ، احتل التسوية بينهما ؛ لاستوائيهما في استحقاق ميراثه ، والصحيح أن الجد أحق ؛ لأن له مزية الولادة والأبوة ، ولأن ابن ابنه / يرثه ميراث ابن ، ويرث الأخ ميراث أخ ، وميراث الابن أكد ، فالنفقة الواجبة به تكون أكد . وإن كان مكان الأخ ابن أخ أو عم ، فالجد أولى بكل حال .

فصل : والواجب في نفقة القريب قلل الكفاية من الخبز والأدم والكسوة ، بقدر العادة ، على ما ذكرناه في الزوجة ، لأنها وجبت للحاجة ، فتقدرت بما تكتفي به الحاجة ، وقد قال النبي ﷺ لهيئد : « تُحْذَى مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ »^(٢٠) . فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية . فإن احتاج إلى بخادر فعليه إخذامه ، كما قلنا في الزوجة ؛ لأن ذلك من تمام كفايته .

١٣٨٦ - مسألة ؛ قال : (وَ عَلَى الْمُعْتِقِ نَفَقَةٌ مُعْتَقِهِ ، إِذَا كَانَ فَقِيرًا ؛ لَأَنَّهُ وَارِثُهُ)

هذا مبنى على الأصل الذي تقدم ، وأن النفقة تجب على الوارث ، والمعتق وارث عتيقه ، فتجب عليه نفقته إذا كان فقيرًا ، ولمولاه يسار يتفق عليه منه . وقال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي : لا تجب عليه نفقته ، بناء على أصولهم التي ذكرناها .

(١٩) تقدم تحريجه ، في : ٣٠٩/٤ .

(٢٠) تقدم تحريجه في صفحة ٣٤٨ .

وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ^(١) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أُمَّكَ وَأَبَاكَ ، وَأَخُكَ وَأَخَاكَ ، ثُمَّ أَدْنَاكَ أَدْنَاكَ ، وَمَوْلَاكَ الَّذِي عَلَى ذَاكَ ، حَقًّا وَاجِبًا ، وَرَجْمًا مُؤْصُولًا » ^(٢) . لِأَنَّهُ يَرِثُهُ بِالتَّعْصِيبِ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ كَالْأَبِ . وَيُشْتَرَطُ فِي وُجُوبِ الْإِثْمَاقِ عَلَيْهِ الشَّرُوطُ الْمَذْكُورَةُ فِي غَيْرِهِ .

فصل : فَإِنْ مَاتَ مَوْلَا ، فَالْنَّفَقَةُ عَلَى الْوَارِثِ مِنْ عَصَبَاتِهِ ، عَلَى مَا يَبَيِّنُ فِي بَابِ الْوَلَاءِ ^(٣) . وَيَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ نَفَقَةُ أَوْلَادِهِ عَتِيقَةٍ ، إِذَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِمْ وَلَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَتُهُمْ وَوَارِثُهُمْ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَةُ أَوْلَادِهِ مُعْتَقَتِهِ ^(٤) إِذَا كَانَ أَبُوهُمْ عَبْدًا كَذَلِكَ ، فَإِنْ أُعْتِقَ آبَاؤُهُمْ فَانْتَجَرَ الْوَلَاءُ إِلَى مُعْتَقِهِ ، صَارَ وَلَاؤُهُمْ ^(٥) لِمُعْتَقِ آبَائِهِمْ ، وَنَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ ، إِذَا كَمَلَتْ الشَّرُوطُ ، وَلَيْسَ عَلَى الْعَتِيقِ ^(٦) نَفَقَةُ مُعْتَقِهِ وَإِنْ ^(٧) كَانَ فَقِيرًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُهُ ، فَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْلى صَاحِبِهِ ، مِثْلُ أَنْ يُعْتِقَ الْخَرَبِيُّ عَبْدًا ، ثُمَّ يَسْبِي الْعَبْدَ سَيِّدَهُ فَيُعْتِقَهُ ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَفَقَةُ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُهُ .

١٣٨٧ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا زَوَّجْتَ الْأَمَةَ ، لَزِمَ زَوْجُهَا أَوْ سَيِّدُهُ ، إِنْ كَانَ مَمْلُوكًا ، نَفَقَتُهَا)

وَجَمَلَتْهُ أَنْ زَوْجَ الْأَمَةِ لَا يَحْلُو مِنْ ^(١) أَنْ يَكُونَ حُرًّا أَوْ عَبْدًا ، أَوْ بَعْضُهُ حُرًّا ^(٢) وَبَعْضُهُ عَبْدًا ^(٣) ، فَإِنْ كَانَ حُرًّا ، فَنَفَقَتُهَا عَلَيْهِ ، لِلنَّصِّ ، وَاتِّفَاقِ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى وَجُوبِ نَفَقَةِ

(١) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٢) تقدم تخريجه ، في صفحة ٣٨٢ .

(٣) تقدم في : ٢٣٨/٩ وما بعدها .

(٤) في أ ، ب ، م : معتقه .

(٥) في م : ولاؤه .

(٦) في م : الملتصق .

(٧) في م : إذا .

(١) في أ ، م : إما .

(٢) في أ ، ب ، م : حر .

(٣) في أ ، ب ، م : عبد .

الرَّوْجَاتِ عَلَى أَرْوَاجِهِنَّ الْبَالِغِينَ ، وَالْأُمَّةُ دَاخِلَةٌ فِي عُومِيهِنَّ ، وَلِأَنَّهَا زَوْجَةٌ مُمَكَّنَةٌ مِنْ نَفْسِهَا ، فَوَجِبَ عَلَى زَوْجِهَا نَفَقَتُهَا ، كَالْحُرَّةِ ، وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا مَمْلُوكًا ، فَالْثَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لَزَوْجَتِهِ لَذَلِكَ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ أَحْفَظُ^(٤) عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ عَلَى الْعَبْدِ نَفَقَةَ زَوْجَتِهِ . هَذَا قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالْحَكَمِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ إِذَا بَرَّأَهَا بَيْتًا . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ ، أَنَّهُ قَالَ : لَيْسَ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّ الثَّفَقَةَ مُوَاسَاةٌ ، وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا ، وَلِذَلِكَ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ أَقَارِبِهِ ، وَلَا زَكَاةُ مَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عِيْضٌ وَاجِبٌ فِي النِّكَاحِ ، فَوَجِبَتْ عَلَى الْعَبْدِ ، كَالْمَهْرِ ، وَالِدَلِيلُ عَلَى أَنَّهَا عِيْضٌ ، أَنَّهَا تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ التَّمْكِينِ ، وَهَذَا تَسْقُطُ عَنْ الْحُرِّ بِقَوَاتِ التَّمْكِينِ ، وَفَارَقَ نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ . إِذَا تَبَتَّ وَجُوبُهَا عَلَى الْعَبْدِ ، فَإِنَّهَا تَلْزَمُ سَيِّدَهُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ أَذِنَ^(٥) فِي النِّكَاحِ الْمُفَضَّلِيِّ إِلَى إِجْبَائِهَا . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهَا تَجِبُ فِي كَسْبِ الْعَبْدِ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ^(٦) يُمَكِّنْ إِجْبَائُهَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَا رَقَبَتِهِ ، وَلَا ذِمَّةَ سَيِّدِهِ ، وَلَا إِسْقَاطُهَا ، فَلَمْ يَتَّقِ إِلَّا أَنْ تَتَعَلَّقَ بِكَسْبِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ؛^(٧) لِأَنَّ الْوَطْءَ فِي النِّكَاحِ بِمَنْزِلَةِ الْجِنَايَةِ ، وَأَرِشُ جِنَايَةِ الْعَبْدِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ^(٨) ، يُبَاغُ فِيهَا ، أَوْ يَفْدِيهِ سَيِّدُهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ ذِينَ أَذِنَ السَّيِّدُ فِيهِ ، فَلَزِمَ^(٩) ذِمَّتَهُ ، كَالَّذِي اسْتَدَانَهُ وَكَيْلَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ فِي مُقَابَلَةِ الْوَطْءِ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ مِنْ غَيْرِ وَطْءٍ ، وَيَجِبُ لِلرَّقَقَاءِ ، وَالْحَائِضِ ، وَالنَّفَسَاءِ ، وَزَوْجَةِ الْمَجْبُورِ وَالصَّغِيرِ ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالتَّمْكِينِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِجِنَايَةٍ وَلَا قَائِمٌ مَقَامُهَا . وَقَوْلُ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ تَعَدَّرَ إِجْبَائِهِ فِي ذِمَّةِ السَّيِّدِ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّهُ لَا مَانِعَ مِنْ إِجْبَائِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجُودَ مُفْتَضِّضِهِ ، فَلَا مَعْنَى لِدَعْوَى التَّعَدُّرِ .

(٤) فِي ب : « أَحْفَظُ » .

(٥) فِي م نَهَادَةُ ؛ لَه .

(٦) فِي أ : « لَا » .

(٧-٧) سَقَطَ مِنْ ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٨) فِي ب : « غِلَازِمٌ » .

١٣٨٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ أُمَةٌ تَأْوِي بِاللَّيْلِ عِنْدَ الزَّوْجِ ، وَبِالنَّهَارِ عِنْدَ الْمَوْلَى ، أَنْفَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّةَ مَقَامِهَا / عِنْدَهُ)

١٩٦/٨

هذه المسألة قد تقدّمت ^(١) ، وذكرنا أن النفقة في مقابلة التمكنين ، وقد وجد منها في الليل ، فتجب على الزوج النفقة فيه ، والباقي منها على السيد ، بحكم أنها مملوكة لم تجب لها نفقة على غيره في هذا الزمن ، فيكون على هذا على كل واحد منهما نصف النفقة . وهذا أحد قولَي الشافعي . وقال في الآخر : لا نفقة لها على الزوج ؛ لأنها لم تمكن من نفسها في جميع الزمان ، فلم يجب لها شيء من النفقة ، كالحرّة إذا بذلت نفسها في أحد الزمانيين دون الآخر . ولنا ، أنه وجد التمكن الواجب بعقد النكاح ، فاستحققت ^(٢) النفقة ، كالحرّة إذا مكنت ^(٣) من نفسها في غير أوقات الصلوات المفروضات ، والصوم الواجب ، والحج المفروض . وفارق الحرّة إذا امتنعت في أحد الزمانين ، فإنها لم تبدل الواجب ، فتكون ناشيزا ، وهذه ليست ناشيزا ولا عاصية .

١٣٨٩ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَ لَهَا وَلَدٌ ، لَمْ تَلْزَمْهُ نَفَقَةٌ وَلَيْدِهِ ، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا ، وَنَفَقَتُهُمْ عَلَى سَيِّدِهِمْ)

يعنى الأمة ليس على زوجها نفقة ^(١) ولديه منها ^(٢) ، وإن كان حُرًّا ؛ لأن ولَدَ الأمة عبدٌ لسَيِّدِهَا ، فَإِنْ الْوَلَدُ يَتَّبِعُ أُمَّهُ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ ، فتكون نفقتهم على سَيِّدِهِمْ دون أبيهم ، فَإِنَّ الْعَبْدَ أَخَصُّ بِسَيِّدِهِ مِنْ أَبِيهِ ، ولذلك لا ولاية بينه وبين أبيه ، ولا ميراث ، ولا إنفاق ، وكل ذلك للسَيِّدِ ، وقد رُوِيَ عن أبي عبد الله ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، (رِوَايَةٌ أُخْرَى) ، أن وَلَدَ

(١) في : ٥٠٨/٩ .

(٢) في ١ ، م : استحققت .

(٣) في الأصل ، ب : أمكنت .

(١-١) في ١ : ولدعامة .

(٢-٢) سقط من : ١ .

الْعَرَبِيُّ يَكُونُ حُرًّا ، وَعَلَى أَبِيهِ إِدَاوُهُ . فَعَلَى هَذَا تَكُونُ نَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ . وَلَوْ أُعْتِقَ الْوَلَدُ سَيِّدُهُ ، أَوْ عَلَّقَ عَقْدَهُ بِوِلَادَتِهِ ^(٣) ، أَوْ تَزَوَّجَ الْأُمَّةَ عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ ، فَوَلَدَهُ مِنْهَا أَحْرَارٌ ، وَعَلَى أَبِيهِمْ نَفَقَتُهُمْ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا ، إِذَا كَانَ حُرًّا ، وَتَحَقَّقَتْ فِيهِ شَرَايِطُ الْإِنْفَاقِ .

فصل : وإذا ^(٤) طَلَّقَ الْأُمَّةَ طَلَاً قَارِجِيًّا ، فَلَهَا النِّفْقَةُ فِي الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّهَا زَوْجَةٌ . وَإِنْ أَبَاتُهَا هِيَ حَائِلٌ ، فَلَا نَفْقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ حُرَّةً ، لَمْ يَكُنْ لَهَا نَفْقَةٌ ، فَلَا أُمَّةٌ أَوْلَى ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا ، فَلَهَا النِّفْقَةُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كُنْ أَوْلَتْ حَمِلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(٥) . نَصُّ عَلَى هَذَا أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ إِسْحَاقُ . وَقَدَرُوتُ ^(٦) عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي نَفَقَةِ الْحَامِلِ ^(٧) ، / هَلْ هِيَ لِلْحَمِلِ أَوْ لِلْحَامِلِ بِسَبَبِهِ ؟ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هِيَ لِلْحَمِلِ . فَعَلَى هَذَا لَا تَجِبُ لِلْمَمْلُوكَةِ الْحَامِلِ الْيَائِسِ نَفْقَةٌ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا ، فَتَفَقَّهَ عَلَيْهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي هَذَا قَوْلَانِ ، كَالرَّوَابِئِيِّ .

١٦٦/٨ ط

فصل : وَإِنْ طَلَّقَ الْعَبْدُ زَوْجَتَهُ الْحَامِلَ طَلَاً قَارِجِيًّا ، انْتَبَى عَلَى وَجُوبِ النِّفْقَةِ ، عَلَى الرَّوَابِئِيِّ فِي النِّفْقَةِ ، هَلْ هِيَ لِلْحَمِلِ أَوْ لِلْحَامِلِ ؟ فَإِنْ قُلْنَا : هِيَ لِلْحَمِلِ . فَلَا نَفْقَةَ عَلَى الْعَبْدِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ الشَّعْبِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفْقَةُ وَلَدِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ لِلْحَامِلِ بِسَبَبِهِ . وَجَبَتْ لَهَا النِّفْقَةُ . وَهَذَا قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ كُنْ أَوْلَتْ حَمِلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . وَلِأَنَّهَا حَامِلٌ ، فَوَجَبَتْ لَهَا النِّفْقَةُ ، كَمَا لَوْ كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا .

فصل : وَالْمُعْتَقُ بَعْضُهُ ، عَلَيْهِ مِنْ نَفَقَةِ أَمْرَأَتِهِ بِقَدَرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، وَبَاقِيهَا عَلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ فِي ضَرِيَّتِهِ ، أَوْ فِي رَقَبَتِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْعَبْدِ . وَالْقَدْرُ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ بِالْحُرِّيَّةِ ، يُعْتَبَرُ فِيهِ حَالُهُ ؛ إِنْ كَانَ مُوسِرًا فَنَفَقَةُ الْمُوسِرِينَ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَنَفَقَةُ

(٣) فِي ب ، م : بِ وِلَادَةٍ .

(٤) فِي ب ، م : وَإِنْ .

(٥) سُورَةُ الطَّلَاقِ ٦ .

(٦) فِي م : رَوَى .

(٧) جَاءَ فِي م هُنَا : رَوَاتَانِ . وَهِيَ الْآيَةُ .

المُعْسِرِينَ، والباقي تجب فيه نفقة المُعْسِرِينَ ؛ لأنَّ الثَّغْفَةَ مِمَّا يَتَّبَعُ ، وما يَتَّبَعُ بَعْضُهُ فِي حَقِّ الْمُتَعَتِّ بَعْضُهُ كَالْمِيرَاثِ وَالذِّيَّاتِ ، ومَالًا يَتَّبَعُ ، فهو فِيهِ كَالْعَبْدِ ، وَلِأَنَّ^(٨) الْحُرِّيَّةَ إِمَّا شَرْطُ فِيهِ ، أَوْ سَبَبٌ لَهُ ، وَلَمْ^(٩) يَكْمُلْ . وَهَذَا اخْتِيَارُ الْمُزْنِيِّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : حُكْمُهُ حَكْمُ الْقَرْنِ فِي الْجَمِيعِ ، لِحَاقِاقَا لأَخِيذِ الْحُكْمَيْنِ بِالْآخِرِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُ يَنْصِفُهُ الْحُرُّ مِلْكَاتًا ، وَلِهَذَا يُورَثُ عَنْهُ ، وَيُكْفَرُ بِالْإِطْعَامِ ، وَيَجِبُ فِيهِ نِصْفُ ذِيَّةِ الْحُرِّ ، فَوَجِبَ أَنْ تَتَّبَعُ نَفَقَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ جُمْلَةِ الْأَحْكَامِ الْقَابِلَةِ لِلتَّبَعِضِ ، فَأَمَّا نَفَقَةُ أَقَارِبِهِ ، فَيُلْزَمُ مِنْهَا بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ ؛ لِأَنَّ الثَّغْفَةَ تَتَّبِعُ عَلَى الْمِيرَاثِ .^(١٠) (وَعِنْدَ الْمُزْنِيِّ ،^(١١) تُلْزَمُ كُلُّهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَّبَعُ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، لَا يُلْزَمُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حَكْمُ الْعَبْدِ . وَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ فِي هَذَا .

١٣٩٠ - مسألة : قال : (وَلَيْسَ عَلَى الْعَبْدِ نَفَقَةُ^(١٢) وَلَدِهِ ، حُرَّةٌ كَانَتْ الزَّوْجَةُ أَوْ أُمَةً)

أما إذا كانت زوجة العبد حُرَّةً ، فولدُها أحرارٌ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي الرُّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ ، وليس على العبد نفقة أقاربه الأحرار^(١٣) ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُمْ تَجِبُ عَلَى سَبِيلِ / الْمُوَأَسَاةِ ، وليس هو من أهلها . وأما إذا كانت زوجته مملوكةً ، فولدُها عبيدٌ لسيدها ؛ لِأَنَّهُمْ يَتَّبِعُونَهَا ، فَتَكُونُ نَفَقَتُهُمْ عَلَى سَيِّدِهِمْ .

فصل : وَحُكْمُ الْمُكَاتِبِ ، فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ وَالْأَوْلَادِ وَالْأَقَارِبِ ، حَكْمُ الْعَبْدِ الْقَرْنِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَتْ لَهُ زَوْجَةٌ أُلْفَتْ عَلَيْهَا مِنْ كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ وَاجِبَةٌ بِحُكْمِ الْمُعَاوَضَةِ مَعَ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ ، وَلِذَلِكَ وَجِبَتْ عَلَى الْعَبْدِ ،

(٨) سقطت الواو من : ١ م .

(٩) ق م : ٥ فلم .

(١٠-١١) سقطت من : م .

(١٢) في الأصل زيادة : زوجة ؛ خطأ .

(١٣) سقطت من : ب .

فعلى المُكائِبِ أُولَى ، ولأنَّ نفقة المرأة لا تُسقط عن أحدٍ من الناس ، إذا لم يُوجد منها ما يُسقط نفقتها ، ولا يُمكن إيجابها على سيِّده ؛ لأنَّ نفقة المُكائِبِ لا تجب على سيِّده ، فتنفقه امرأته أُولَى . فأما نفقة أولاده وأقاربه الأحرار ، فلا تجب عليه ؛ لأنها تجب على سبيل المُواساة ، وليس هو من أهلها ، ولذلك لا تجب عليه الزكاة في ماله ، ولا الفطرة في بدنه ، فإن كانت زوجته حرة ، فتنفقه أولادها عليها ؛ لأنهم يتبعونها في الحرية . وإن كان لهم أقارب أحرار ، كجدٍّ حرٍّ وأخٍ حرٍّ مع الأمِّ ، ألغى كلُّ واحدٍ منهم بحسب ميراثه ، والمكائبُ كأنه معدومٌ بالنسبة إلى النفقة .

١٣٩١ - مسألة : قال : (وعلى المُكائِبِ نفقة ولدها دون أبيه المُكائِبِ)

وجملته أن المُكائِبِ إذا كان له ولدٌ ، (لم يخل)^(١) ؛ إما أن يكون من زوجة^(٢) أو من أمة^(٣) ، فإن كان من زوجة^(٢) ، وكانت مُكائِبَةً ، فولَّدها يتبعونها في الكفاية ، ويكونون موقوفين على كتابتها ؛ إن رقت رقتوا ، وإن عتقت بالأداء عتقوا ، فتكون نفقتهم عليها ممَّا في يديها^(٤) ؛ لأنهم في حكم أنفسها ، ونفقتها ممَّا في يديها ، فكذلك على ولدها . وأما زوجه المُكائِبِ ، فليس عليه نفقتهم ؛ لأنهم عبيدٌ لسيِّد المُكائِبِ . وإن كانت زوجته حرة أو أمة ، فقد بيَّنا حكمهم . وإن أراد المُكائِبُ التبرُّع بالإلحاق على ولده ، وكان من أمة أو مُكائِبٍ لغير سيِّده^(٥) ، أو حرة ، لم يكن له ذلك ؛ لأنَّ فيه تفرُّدًا بمال سيِّده ، وإن كان من أمة لسيِّده ، (جاز) ؛ لأنَّه مملوكٌ لسيِّده^(٦) ، فهو يتفق عليه من المال الذي تعلَّق به حقُّ سيِّده ، وإن كان من مُكائِبٍ لسيِّده ، احتجَّل الجواز ؛ لأنَّه في

(١-١) في ١ : لا يخلو .

(٢) في م : زوجته .

(٣) في النسخ : أمته . وانظر بقية المسألة ، والمسألة التالية .

(٤) في ب : يدها .

(٥) في ب : سيدها .

(٦-٦) سقط من : الأهل . نقل نظر .

الحال بمنزلة / أمه ، وأمه مملوكة لسيدها . ويَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَعْرِيرًا ، إِذْ لَا
يَحْتَمِلُ أَنْ يَعْجَزَ هُوَ ، وَتَوَدَّى الْمُكَائِبَةُ ، فَيَعْتَقُ وَلَدَهَا ، فَيَحْصُلُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ^(٧) مِنْ
مَالِ سَيِّدِهِ ، وَيَصِيرُ حُرًّا .

١٣٩٢ - مسألة ؛ قال : (وَعَلَى الْمُكَائِبِ نَفَقَةُ وَلَدِهِ مِنْ أُمِّهِ)

أَمَّا وَلَدُ الْمُكَائِبِ مِنْ أُمِّهِ ، فَنَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ وَلَدَهُ مِنْ أُمِّهِ تَابِعٌ لَهُ ، يَرِقُّ بِرَقِّهِ ،
وَيَعْتَقُ بِعَيْتِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى نَفْسِهِ فِي النَّفَقَةِ ، فَكَمَا أَنَّ الْمُكَائِبَ يَنْفِقُ عَلَى نَفْسِهِ ،
فَكَذَلِكَ عَلَى وَلَدِهِ الَّذِي هَذَا حَالُهُ ، وَلَئِنْ هَذَا الْوَلَدُ لَيْسَ لَهُ مَنْ يَنْفِقُ عَلَيْهِ سِوَى أُمِّهِ ، فَإِنَّ
أُمَّهُ أُمَةٌ لِلْمُكَائِبِ ، وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الْأَحْرَارِ أَقَارِبٌ ، فَيَتَعَيَّنُّ عَلَى الْمُكَائِبِ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ،
كَأُمِّهِ ، وَلَئِنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى السَّيِّدِ فِي إِثْفَاقِ الْمُكَائِبِ عَلَى وَلَدِهِ مِنْ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَدَّى
وَعَتَّقَ ، فَقَدْ وَفَّى مَالَ الْكِتَابَةِ ، وَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ أَكْثَرُ مِنْهَا ، وَإِنْ عَجَزَ وَرَقَّ ، عَادَ إِلَيْهِ
الْمُكَائِبُ وَوَلَدُهُ الَّذِي اتَّفَقَ عَلَيْهِ ، فَكَأَنَّهُ إِثْمًا اتَّفَقَ عَلَى عَيْدِهِ ، وَتَصِيرُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ كَنَفَقَتِهِ
عَلَى سَائِرِ رَقِيقِهِ .

فصل : وليس للمكاتب أن يتسرى بأمته إلا بإذن سيده ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ تَامٍّ ، وَعَلَى
السَّيِّدِ ضَرَرٌ فِي تَسْرِيهِهَا ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّعْرِيرِ بِهَا . وَإِنْ أُذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ ، جَاز ؛ لِأَنَّ
الْمَنْعَ لِحَقِّهِ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ لَعَيْدِهِ الْقَرْنُ . وَإِنْ وَطِئَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَا حُدَّ عَلَيْهِ ؛
لَأَنَّهُ وَطِئَ مَمْلُوكَتَهُ ، فَإِنْ أَوْلَدَهَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ، لَيْسَ لَهُ يَتَعَمَّقُ ، وَلَا
يَتَّعُ وَلَدَهُ ، فَإِنْ عَتَقَ ، عَتَقَ وَلَدَهَا ، وَصَارَتْ الْأُمَةُ أُمٌّ وَلَدٍ ، تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ ، وَإِنْ رَقَّ ، رَقَّتْ
هِيَ وَوَلَدُهَا ، وَصَارَتْ أُمَةٌ لَسَيِّدِهِ ، وَالْمُكَائِبُ وَوَلَدُهُ عَبْدَانِ لَهُ . وَيَلْزَمُ الْمُكَائِبَ
الْإِنْفَاقُ عَلَى عَيْدِهِ ، وَإِمَائِهِ ، وَأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ ؛ لِأَنَّهُمْ ^(٨) يَمْلِكُ لَهُ ، فَلَزِمَهُ الْإِنْفَاقُ
عَلَيْهِمْ ، كِبَهَائِمِهِ .

(٧) في ١ : م ، ١ : عليها .

(٨) في ١ : لأنه .

باب الحال التي تجب فيها الثقة على الزوج

١٣٩٣ - مسألة : قال ، رحمه الله : (وَإِذَا تَزَوَّجَ بِامْرَأَةٍ يَطْلُهَا يُوطَأُ ، فَلَمْ يَمْنَعْهُ نَفْسَهَا ، وَلَا مَنَعَهُ أَوْلِيَاؤُهَا ، لَزِمَتْهُ الثِّقَّةُ)

وجملة ذلك أن المرأة تستحق الثقة على زوجها بشرطين ؛ أحدهما ، أن تكون كبيرة يُمكن^(١) وطؤها ، فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء ، فلا نفقة لها . وهذا قال الحسن ، وبكر بن عبد الله / المزني ، والتحبي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وهو المنصوص^(٢) عن الشافعي . وقال في موضع : لو قيل : لها الثقة . كان مذهبا . وهذا قول الثوري ؛ لأن تعذر الوطء لم يكن يفعلها ، فلم يمنع وجوب الثقة لها ، كالمريض . ولنا ، أن الثقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع ، فلم تجب نفقتها ، كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها ، وهذا يتطّل ما ذكره ، وبغاري المريضة ، فإن الاستمتاع بها ممكن ، وإنما نقص بالمريض ، ولأن من لا تمكن الزوج من نفسها ، لا يلزم الزوج نفقتها ، فهذه أولى ؛ لأن تلك يمكن الزوج قهرها ، والاستمتاع منها^(٣) كرها ، وهذه لا يمكن ذلك فيها بحال . الشرط الثاني ، أن تبذل التمكين الثام من نفسها لزوجها ، فإما إن منعت نفسها ، أو منعه أولياؤها ، أو نسأكتا بعد العقد ، فلم تبذل ولم يطلب ، فلا نفقة لها ، وإن أقامنا زمتا ، فإن النبي ﷺ تزوج عائشة ، ودخلت عليه بعد سنتين ، ولم ينفي إلا بعد دخوله ، ولم يلتزم^(٤) نفقتها لما مضى^(٥)

(١) ف : لا يمكن .

(٢) ف : م ، ١ : منصوص .

(٣) ف : م ، ١ : بها .

(٤) ف : ب ، ١ : يلزم .

(٥) تقدم تخريجه في : ٣٩٨/٩ . ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب إنكاح الرجل ولده الصغار ، وباب من -

ولأنَّ الثقةَ تجبُ في مُقابِلَةِ التَّمكِينِ المُستَحَقِّ بِعَقْدِ^(٦) النِّكَاحِ ، فإذا وُجِدَ اسْتَحَقَّتْ ، وإذا فُقدَ لم تُسْتَحَقَّ شَيْئاً ، ولو بَذَلَتْ تَسْلِيماً غَيْرَ تَامٍ ، بأنْ تَقُولَ : أَسَلِّمُ إِلَيْكَ نَفْسِي فِي مَنْزِلِي دُونَ غَيْرِهِ . أو فِي الْمَوْضِعِ الْفُلَانِيِّ دُونَ غَيْرِهِ . لم تُسْتَحَقَّ شَيْئاً ، إلَّا أَنْ تَكُونَ قَدْ اشْتَرَطْتَ^(٧) ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُبْذَلِ التَّسْلِيمَ الْوَاجِبَ بِالْعَقْدِ ، فَلَمْ تُسْتَحَقَّ الثَّقَّةُ ، كَمَا لَوْ قَالَ الْبَائِعُ : أَسَلِّمُ إِلَيْكَ السَّلْعَةَ عَلَى أَنْ تَتْرَكَهَا فِي مَوْضِعِهَا ، أَوْ فِي مَكَانٍ بَعَيْنِهِ . وَإِنْ شَرَطْتَ دَارَهَا أَوْ بَلَدَهَا ، فَسَلَّمْتَ نَفْسَهَا فِي ذَلِكَ ، اسْتَحَقَّتِ الثَّقَّةُ ؛ لِأَنَّهَا سَلَّمَتِ التَّسْلِيمَ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا ، وَلِذَلِكَ لَوْ سَلَّمَ السَّيِّدُ أَمَتَهُ الْمُزَوَّجَةَ لَيْلًا دُونَ النَّهَارِ ، اسْتَحَقَّتِ الثَّقَّةُ ، وَفَارَقَ الْحُرَّةُ ، فَإِنَّمَا لَوْ بَذَلَتْ تَسْلِيمَ نَفْسِهَا فِي بَعْضِ الزَّمَانِ ، لَمْ تُسْتَحَقَّ شَيْئاً ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُسَلِّمِ التَّسْلِيمَ الْوَاجِبَ بِالْعَقْدِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَمَكَّنْتَهُ مِنْ اسْتِمْتَاعٍ^(٨) ، وَمَنَعْتَهُ اسْتِمْتَاعاً ، لَمْ تُسْتَحَقَّ شَيْئاً لِذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ غَابَ الزَّوْجُ بَعْدَ تَمَكِّيْنِهَا وَوُجُوبِ نَفَقَتِهَا عَلَيْهِ ، لَمْ تَسْقُطْ عَنْهُ ، بَلْ تَجِبُ / عَلَيْهِ فِي زَمَنِ غَيْبَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتِ الثَّقَّةَ بِالتَّمكِينِ ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهَا مَا يُسْقِطُهَا . وَإِنْ غَابَ قَبْلَ تَمَكِّيْنِهَا ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الْمَوْجِبُ لَهَا^(٩) . فَإِنْ بَذَلَتْ التَّسْلِيمَ وَهُوَ غَائِبٌ ، لَمْ تُسْتَحَقَّ نَفَقَةٌ^(١٠) ؛ لِأَنَّهَا بَذَلَتْهُ فِي حَالٍ لَا يُمَكِّنُهُ التَّسْلِيمُ فِيهِ ، لَكِنْ إِنْ مَضَتْ إِلَى الْحَاكِمِ ، قَبْذَلَتْ التَّسْلِيمَ ، كَتَبَ الْحَاكِمُ إِلَى حَاكِمِ الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ فِيهِ لِيَسْتَدْعِيَهُ وَيُعْلِمَهُ ذَلِكَ ، فَإِنْ سَارَ إِلَيْهَا ، أَوْ وَكَّلَ مَنْ يُسَلِّمُهَا إِلَيْهِ ، فَوَصَلَ ، وَتَسَلَّمَهَا^(١١) هُوَ أَوْ نَائِبُهُ ، وَجَبَتْ الثَّقَّةُ حِينَئِذٍ ، وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، قَرَضَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ نَفَقَتَهَا مِنَ الْوَقْتِ الَّذِي كَانَ يُمَكِّنُ الْوُصُولَ إِلَيْهَا وَتَسَلَّمَهَا فِيهِ ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ امْتَنَعَ

« بنى بامرأة وهي ابنة تسع ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٢٢/٧ ، ٢٧ ، ٢٨ . والنسائي ، في : باب إنكاح الرجل ابنته الصغيرة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦٧/٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢١٠/٦ ، ٢٨٠ .

(٦) في ب : بعد .

(٧) في الأصل : شرطت .

(٨) في ب ، م : الاستمتاع .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) في م : نفقته .

(١١) في الأصل : فسلمها . وفي م : وسلمها .

من تَسْلِمُهَا مع إمكان ذلك ، وبَذْلِهَا إِيَّاهُ لَهُ ، فَلَزِمَتْهُ نَفَقَتُهَا ، كَالُو كَانَ حَاضِرًا . وَإِنْ كَانَتِ الزَّوْجَةُ صَغِيرَةً ، يُمَكِّنُ وَطَرُهَا ، أَوْ مَجْنُونَةٌ ، فَسَلِمَتْ نَفْسُهَا إِلَيْهِ ، فَتَسَلَّمَهَا ، لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهَا كَالْكَبِيرَةِ ، وَإِنْ لَمْ تَسَلِّمْهَا ، لَمَنْعَهَا نَفْسُهَا ، أَوْ مَنْعَ أَوْلِيَائِهَا ، فَلَا تَنْفَقُ لَهَا عَلَيْهِ . وَإِنْ غَابَ الزَّوْجُ ، قَبِذَلْ وَلِيُّهَا تَسْلِيمًا ، فَهُوَ كَالُو بَذَلَتِ الْمُكَلَّفَةُ التَّسْلِيمَ ، فَإِنَّ وَلِيُّهَا يَقْدُمُ مَقَامَهَا . وَإِنْ بَذَلَتْ هِيَ ذَوْنَ وَلِيِّهَا ، لَمْ يَفْرِضِ الْحَاكِمُ التَّفَقُّةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا ^(١) لَا حُكْمَ لِكَلَامِهَا .

١٣٩٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتْ بِهَذِهِ الْحَالِ أَلْيَى وَصَفَتْ ، وَزَوَّجَهَا ^(٢) صَبِيًّا ، أَجْبَرُ وَلِيُّهُ عَلَى تَفَقُّيْهَا مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، فَأَخْتَارَتْ فِرَاقَهُ ، فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا)

يعنى إذا كانت المرأة كبيرة ، يُمَكِّنُ الِاسْتِمْتَاعُ بِهَا ، فَمَكَّنَتْ مِنْ نَفْسِهَا ، أَوْ بَذَلَتْ تَسْلِيمًا ، وَلَمْ تَمْنَعْ نَفْسَهَا ، وَلَا مَنَعَ أَوْلِيَائُهَا ، فَعَلَى زَوْجِهَا الصَّبِيِّ نَفَقَتُهَا . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وَقَالَ فِي الْآخَرِ : لَا تَنْفَقُ لَهَا . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ بِهَا ، فَلَمْ تَلْزِمْهُ نَفَقَتُهَا ، كَالُو كَانَتِ غَائِبَةً أَوْ ^(٣) صَغِيرَةً . وَلَنَا ، أَنَّهَا سَلِمَتْ نَفْسَهَا تَسْلِيمًا صَحِيحًا ، فَوَجِبَتْ لَهَا التَّفَقُّةُ ، كَالُو كَانَ الزَّوْجُ كَبِيرًا ، وَلِأَنَّ الِاسْتِمْتَاعَ بِهَا مُمَكِّنٌ ، وَإِنَّمَا تَعْدَرُ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ ، كَالُو تَعْدَرُ التَّسْلِيمَ لِمَرْضِيهِ أَوْ غَيْبَتِهِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا غَائِبَتْ ، أَوْ كَانَتِ صَغِيرَةً ، فَإِنَّهَا لَمْ تَسَلِّمْ نَفْسَهَا تَسْلِيمًا صَحِيحًا ، وَلَمْ تَبْذُلْ ذَلِكَ ، فَعَلَى هَذَا يُجْبَرُ الْوَلِيُّ عَلَى تَفَقُّيْهَا مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ ؛ لِأَنَّ التَّفَقُّةَ عَلَى الصَّبِيِّ ، وَإِنَّمَا الْوَلِيُّ يَتَوَبُّ عَنْهُ فِي آدَاءِ الْوَاجِبَاتِ / ١٩٩/٨ عليه ، كَمَا يُؤَدَّى أَرْوَشُ جَنَابَاتِهِ ، وَقِيمَ مُثْلَفَاتِهِ ، وَزَكَوَاتِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ،

(١٢) فِي ١ ، ب ، م ، ن : لَأَنَّهُ .

(١) سَقَطَ الْوَارِدُ مِنْ : ١ ، م .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

فاختارَتْ فِرَاقَهُ ، فَرَّقَ الحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي حَقِّ الكَبِيرِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، وَامْتَنَعَ
 الزَّوْجِيُّ مِنَ الْإِنْفَاقِ ، أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ بِالحَبْسِ ، فَإِنْ لَمْ يَتَّفِقْ ، أَخَذَ الحَاكِمُ مِنْ مَالِ
 الصَّبِيِّ ، وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنَهُ ، وَصَبَرَ الزَّوْجِيُّ عَلَى الحَبْسِ ، وَتَعَدَّرَ الْإِنْفَاقَ ، فَرَّقَ
 الحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، إِذَا طَلَبَتْ ذَلِكَ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي حَقِّ الكَبِيرِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي
 الكَبِيرِ ، أَنَّهُ لَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا ، فَكَذَلِكَ هُنَا مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي وُجُوبِ الْإِنْفَاقِ
 عَلَيْهِمَا ، فَكَذَلِكَ فِي أَحْكَامِهِ .

فصل : وَإِنْ بَدَلَتِ الرُّثْقَاءُ ، أَوْ الحَائِضُ ، أَوْ النُّفْسَاءُ ، أَوْ النُّصْوَةُ الخَلْقَ الَّتِي لَا
 يُمَكِّنُهُ^(٣) وَطُوعًا ، أَوْ المَرِيضَةُ ، تُسَلِّمُ نَفْسَهَا ، لِرِمَّتِهِ نَفَقَتُهَا ، وَإِنْ حَدَثَ بِهَا شَيْءٌ مِنْ
 ذَلِكَ ، لَمْ تُسَقِطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّ الاسْتِمْتَاعَ مُمَكِّنٌ ، وَلَا تُفْرِيطُ مِنْ جَهْتِهَا . وَإِنْ مَنَعَ مِنَ
 الوَطْءِ ، وَبِفَارِقِ الصَّغِيرَةِ ، فَإِنْ لَهَا حَالًا يَتِمَكَّنُ مِنَ الاسْتِمْتَاعِ بِهَا فِيهَا اسْتِمْتَاعًا تَامًا ،
 وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا انْتِظَارًا لَتِلْكَ الْحَالِ ، بِخِلَافِ هَؤُلَاءِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ طَلَبَ تُسَلِّمُ هَؤُلَاءِ
 وَجِبَ تُسَلِّمُهُنَّ ، وَلَوْ طَلَبَ تُسَلِّمُ الصَّغِيرَةَ لَمْ يَجِبْ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ بَدَلَتِ الصَّحِيحَةُ
 الاسْتِمْتَاعَ بِمَا دُونَ الوَطْءِ ، لَمْ تَحِبْ لَهَا التَّفَقُّةُ ، فَكَذَلِكَ هَؤُلَاءِ . قُلْنَا : لِأَنَّ تِلْكَ مَنَعَتْ
 مِمَّا يَجِبُ عَلَيْهَا ، وَهَؤُلَاءِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِنَ التَّمَكُّينُ مِمَّا فِيهِ ضَرَرٌ . فَإِنْ ادَّعَتْ أَنَّ عَلَيْهَا
 ضَرَرًا فِي وَطْئِهِ ؛ لَضَيْقِ فَرْجِهَا ، أَوْ قُرُوجِهِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ،^(٤) وَالْكَرْهُ ، أَرَيْتِ امْرَأَةً
 ثِقَّةً ، وَعَمِلَ بِقَوْلِهَا . وَإِنْ ادَّعَتْ عِبَالَةَ ذَكَرِهِ وَعِظْمَهُ ، جَازَ أَنْ تُنْظَرَ الْمَرْأَةُ إِلَيْهَا حَالِ
 اجْتِمَاعِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ مُوضِعُ حَاجَةٍ ، وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ لِلْحَاجَةِ وَالشَّهَادَةِ .

١٣٩٥ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَإِنْ طَالَبَ الزَّوْجُ بِاللِّحْوَلِ ، وَقَالَتْ : لَا أَسْلَمُ
 نَفْسِي حَتَّى أَقْبِضَ صَدَاقِي . كَانَ ذَلِكَ لَهَا ، وَلِرِمَّتِهِ التَّفَقُّةُ إِلَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهَا
 صَدَاقَهَا)

(٣) لِي م : د يُمْكِنُ .

(٤-٤) لِي ١ ، ب ، م : د وَانْكَرَهُ .

وجملته ، أن للمرأة أن تمتنع نفسها حتى تتسلم صداقها ؛ لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يُفضي إلى أن يستوفى منفعتها^(١) المعقود عليها بالوطء ، ثم لا يسلم صداقها ، فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها ، بخلاف المبيع إذا أسلمه المشتري ثم أعسر بالثمن ، فإنه يمكنه الرجوع فيه ، فلهذا ألزمناه تسليم صداقها أولاً ، وجعلناها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها ؛ لأنه إذا سلم إليها الصداق ثم امتنعت من تسليم نفسها ، أمكن الرجوع فيه ، فإذا ثبت هذا ، فعنى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها ، فلها نفقتها^(٢) ؛ لأنها امتنعت بحق^(٣) . فإن قيل : فلو امتنعت لصغير أو مرضى ، لم يلزمه نفقتها . قلنا : الفرق بينهما أن امتناعها لمرض لمعنى من جهتها ، وكذلك الامتناع للصغير ، وهما الامتناع لمعنى من جهة الزوج ، وهو منع لما وجب لها^(٤) عليه ، فأشبه ما لو تعدد الاستمتاع لصغير الزوج ، فإنه لا تسقط نفقتها عنه ، ولو تعدد لصغيرها ، لا يلزمه نفقتها .

فصل : إذا سافرت زوجته بغير إذنه ، سقطت نفقتها عنه ؛ لأنها ناشئ . وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه . وإن سافرت بإذنه ، في حاجته ، فهي على نفقتها ؛ لأنها سافرت في شئله ومراذه ، وإن كان في^(٥) حاجة نفسها ، سقطت نفقتها ؛ لأنها فوقت التمكن لحظ نفسها ، وقضاء حاجتها ، فأشبه ما لو استنظرته قبل الدخول مدة فأظفرها ، إلا أن يكون مسافراً معها ، متمكناً من استمتاعها ، فلا تسقط نفقتها ؛ لأنها لم تفوت التمكن ، فأشبهت غير المسافرة . ويحتمل أن لا تسقط نفقتها ، وإن لم يكن معها ؛ لأنها مسافرة بإذنه ، أشبه ما لو سافرت في حاجته ، وسواء كان سفرها لتجارة ، أو حج تطوع ، أو زيارة . ولو أحرمت بحج تطوع بغير إذنه ، سقطت نفقتها ؛ لأنها في معنى المسافرة . وإن أحرمت به بإذنه ، فقال القاضي : لها النفقة .

(١) سقط من : ب .

(٢) في ١ : النفقة .

(٣) في ب ، م : الحق .

(٤) في م : لما .

(٥) سقط من : م .

والصَّحِيحُ أَنَّهَا كَالْمُسَافِرَةِ ؛ لِأَنَّهَا بِإِحْرَامِهَا مَانِعَةٌ لَهُ مِنَ التَّمَكُّينِ ، فَهِيَ كَالْمُسَافِرَةِ
لِحَاجَةِ نَفْسِهَا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ أُخْرِمَتْ بِالْحَجِّ الْوَاجِبِ ، أَوِ الْعُمْرَةِ الْوَاجِبَةِ ، فِي
الْوَقْتِ الْوَاجِبِ ، مِنَ الْيَمِينَاتِ ، فَلَهَا النُّفَقَةُ ؛ لِأَنَّهَا فَعَلَتْ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا بِأَصْلِ الشَّرْعِ
فِي وَقْتِهِ ، فَلَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ، كَمَا لَوْ صَامَتْ رَمَضَانَ . وَإِنْ قَدِمَتْ الْإِحْرَامَ عَلَى
الْيَمِينَاتِ ، أَوْ قَبْلَ الْوَقْتِ ، خُرِّجَ فِيهَا مِنَ الْقَوْلِ مَا فِي الْمُحَرِّمَةِ بِحَجِّ الطَّلُوعِ ؛ لِأَنَّهَا
فَوُتَتْ عَلَيْهِ التَّمَكُّينَ بِشَيْءٍ مُسْتَقْنَى^(١) عَنْهُ .

فصل : فَإِنْ اعْتَكَفَتْ ، فَالْقِيَاسُ أَنَّهُ كَسَفَرِهَا ، إِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَهِيَ نَاشِئٌ ؛
لِخُرُوجِهَا مِنْ مَنْزِلِ زَوْجِهَا^(٢) بِغَيْرِ إِذْنِهِ^(٣) ، فِيمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ بِأَصْلِ الشَّرْعِ ، وَإِنْ كَانَ
بِإِذْنِهِ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا فِي^(٤) قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهَا النَّفَقَةُ . وَإِنْ صَامَتْ
رَمَضَانَ ، / لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ مُضَيِّقٌ بِأَصْلِ الشَّرْعِ ، لَا يَمْلِكُ مَنَعُهَا مِنْهُ ،
فَلَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ، كَالصَّلَاةِ ، وَلَئِنْ كَانَ صَائِمًا مَعَهَا ، فَيَمْتَنِعُ الِاسْتِمْتَاعُ لِمَعْنَى وَجَدَ
فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا ، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُخْرِجْ عَنْ قَبْضَتِهِ^(٥) ، وَلَمْ تَأْتِ بِمَا
يَمْنَعُهُ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ بِهَا ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُهُ تَقْطِيرُهَا وَطُلُوعُهَا ، فَإِنْ أَرَادَ ذَلِكَ مِنْهَا فَمَنْعَتَهُ^(٦) ،
سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا بِامْتِنَاعِهَا مِنَ التَّمَكُّينِ الْوَاجِبِ . وَإِنْ كَانَ صَوْمًا مَنذُورًا مُعْلَقًا بِوَقْتٍ
مُعَيَّنٍ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَهَا النُّفَقَةُ ؛ لِأَنَّ أَحَدَ نَصِّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَنَعُهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ
كَانَ نَذَرَهَا قَبْلَ النِّكَاحِ ، أَوْ كَانَ النَّذْرُ بِإِذْنِهِ ، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهَا
بِحَقِّ سَابِقٍ عَلَى نِكَاحِهِ ، أَوْ وَاجِبٍ أُذِنَ فِي سَبَبِهِ ، وَإِنْ كَانَ النَّذْرُ فِي نِكَاحِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ،
فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا فَوُتَتْ عَلَيْهِ حَقُّهُ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ بِاخْتِيَارِهَا بِالنَّذْرِ الَّذِي لَمْ يُوجِبْهُ^(٧)

(٦) فِي ١ : يَسْتَقْنَى .

(٧-٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٨) فِي ب ، م ، ١ : عَلَى .

(٩) فِي ١ ، م : قَبْضَتِهِ .

(١٠) فِي م نَادَاةٌ : نَفْسُهَا .

(١١) فِي ب : يَوْجِبُ .

الشرع عليها ، ولا تدبها إليه . وإن كان التذرُّ مطلقاً ، أو كان صوم كفارة ، فصامت بإذنه ، فلها الثقة ؛ لأنها أدت الواجب بإذنه ، فأشبهه ما لو صامت المعين في وقته ، وإن صامت بغير إذنه ، فقال القاضي : لا ثقة لها ؛ لأنها يُمكنها تأخيرهُ ، فإنه على التراخي ، وحتى الزوج على الفور . وإن كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته ، ف كذلك ، وإن كان وقته مضيقاً ، مثل أن قرب رمضان الآخر ، فعليه نفقةُها ؛ لأنه واجب مُضيق بأصل الشرع ، أشبه أداء رمضان .

١٣٩٦ - مسألة : قال (: وإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة ، فلا سُكنى لها ، ولا نفقة ، إلا أن تكون حاملاً)

«وجملة الأمر»^(١) ، أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً ، فإما أن يكون ثلاثاً ، أو بحلٍّ ، أو بآث بفسخ ، وكانت حاملاً فلها الثقة والسكنى ، بإجماع أهل العلم ؛ لقول الله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَئِكَ حَمَلَ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾^(٢) . وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس : لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً^(٣) . ولأن الحمل ولده ، فيلزمه الإنفاق عليه ، ولا يُمكنه الثقة^(٤) عليه ، إلا بالإنفاق^(٥) عليها ، فوجب ، كما^(٦) وجبت أجره الرضاع . وإن كانت حائلاً ، فلا نفقة لها . وفي السكنى روايتان ؛ إحداهما ، لها

(١-١) في ١ : ٥ وجملة ٤ .

(٢) سورة الطلاق ٦ .

(٣) تقدم نخرج قصة فاطمة بنت قيس ، في ٦/٣٠٧ ، ٩/٥٦٧ .

وهذا اللفظ أخرجه مسلم ، في : باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١١٧/٢ .

وأبو داود ، في : باب في نفقة المجترة ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٣/١ . والإمام أحمد ، في : المسند

٤١٤/٦ ، ٤١٥ .

(٤) في ١ : ٥ الإنفاق ٤ .

(٥) في ١ : ٥ النفقة ٤ .

(٦) في ب نهادة ٥ : لو ٤ .

ذلك . وهو قول عمر ، وأبنة ، وابن مسعود ، وعائشة ، وقهها المدينة السبعة ،
ومالك ، والشافعي ؛ / للآية . والرواية الثانية ، لا سُكُنِي لها ، ولا نفقة . وهي ظاهر ٢٠٠/٨ ظ
المذهب ، وقول^(٧) علي ، وابن عباس ، وجابر ، وعطاء ، وطائوس ، والحسن ،
وعكرمة ، وميمون بن مهران ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وداود . وقال أكثر الفقهاء
البرقيين : لها السكُنِي . والثقة . وبه قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ،
والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة وأصحابه ، والبيهي ، والغنوي ؛ لأن ذلك يروى عن
عمر ، وابن مسعود . ولأنها مطلق ، فوجب لها النفقة والسكُنِي ، كالرجعية . وردوا
خبر فاطمة بنت قيس بما روى عن عمر ، أنه قال : لا ندع كتاب ربنا ، وسنة نبينا ،
لقول امرأة^(٨) . وأكثرت عائشة ، وسعيد بن المسيب ، وتأولوه . ولنا ، ما روت فاطمة
بنت قيس ، أن زوجها طلقها البتة وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشيعة ،
فتسخطته^(٩) ، فقال : والله مالك علينا من شيء . فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت^(١٠)
ذلك له ، فقال : « لَيْسَ لَكَ^(١١) عَلَيْهِ نَفَقَةٌ وَلَا سُكُنِي » . فأمرها أن تعتد في بيت أم
شريك . متفق عليه^(١٢) . وفي لفظ : فقال رسول الله ﷺ : « انظري يا ابنة قيس ،
إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة ، فإذا لم يكن له عليها
الرجعة ، فلا نفقة^(١٣) ولا سُكُنِي » . رواه الإمام أحمد ، والأثرم ، والحميدي ،
وغيرهم^(١٤) . قال ابن عبد البر : من طريق الحجة وما يلزم منها ، قول أحمد ابن حنبل

(٧) في ب : وهو قول .

(٨) تقدم في صفحة ٣٠١ .

(٩) في أ ، م : فسخطته .

(١٠) في م : تذكره .

(١١) سقط من : ١ .

(١٢) تقدم ترجمه ، في : ٣٠٧/٦ ، ٥٦٧/٩ .

(١٣) في الهادة : لها .

(١٤) تقدم ترجمه ، في صفحة ٣٠٢ .

وَمَنْ تَابَعَهُ أَصَحُّ وَأَحَبُّ ؛ لِأَنَّهُ قَبِلَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ تَصَاصَرِيحًا ، فَأَيُّ شَيْءٍ يُعَارِضُ هَذَا إِلَّا
 مِثْلُهُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، الَّذِي ^(١٥) هُوَ الْمُبَيِّنُ عَنِ اللَّهِ مُرَادَهُ ؟ وَلَا شَيْءٌ يَدْفَعُ ذَلِكَ . وَمَعْلُومٌ
 أَنَّهُ أُعْلِمَ بِتَأْوِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾ . وَأَمَّا
 قَوْلُ عُمَرَ ، وَمَنْ وَاظَبَهُ ، فَقَدْ خَالَفَهُ عَلِيُّ وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَمَنْ وَاظَبَهُمَا ، وَالْحُجَّةُ مَعَهُمَا ،
 وَلَوْ لَمْ يُخَالَفَهُ أَحَدٌ مِنْهُمْ ، لَمَّا قَبِلَ قَوْلُهُ الْخَالِفُ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَإِنْ قَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ
 ﷺ حُجَّةٌ عَلَى عُمَرَ وَعَلَى غَيْرِهِ ، وَلَمْ يَصِحَّ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ : لَا نَدْعُ كِتَابَ رَبِّنَا ، وَسُنَّةَ
 نَبِيِّنَا ، لِقَوْلِ امْرَأَةٍ . فَإِنَّ ^(١٦) أَحْمَدَ أَنْكَرَهُ ، وَقَالَ : أَمَّا هَذَا فَلَا ، وَلَكِنْ قَالَ : لَا تَقْبَلُ فِي
 دِينِنَا قَوْلَ امْرَأَةٍ . وَهَذَا أَمْرٌ يُرَدُّهُ ^(١٧) الْإِجْمَاعُ عَلَى قَبُولِ قَوْلِ الْمَرْأَةِ فِي الرَّوَايَةِ ، فَأَيُّ حُجَّةٍ
 فِي شَيْءٍ يُخَالَفُهُ الْإِجْمَاعُ ، وَثَرَدُ السُّنَّةُ ، وَيُخَالَفُهُ فِيهِ عُلَمَاءُ الصَّحَابَةِ . قَالَ إِسْمَاعِيلُ
 ابْنُ إِسْحَاقَ : نَحْنُ نَعْلَمُ أَنَّ / عُمَرَ لَا يَقُولُ : لَا نَدْعُ كِتَابَ رَبِّنَا إِلَّا مَا هُوَ مُوجُودٌ فِي
 كِتَابِ اللَّهِ . وَالَّذِي فِي الْكِتَابِ أَنَّ لَهَا النِّفْقَةَ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ ﴿ وَإِنْ
 كُنْ أُولَتْ حَمْلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . وَأَمَّا غَيْرُ ذَوَاتِ الْحَمْلِ ^(١٨) فَلَا
 يَدُلُّ ^(١٩) الْكِتَابُ إِلَّا عَلَى ^(٢٠) أَنَّهُنَّ لَا نِفْقَةَ لَهُنَّ ؛ لِاشْتِرَاطِهِ ^(٢١) الْحَمْلُ فِي الْأَمْرِ
 بِالْإِنْفَاقِ . وَقَدْ رَوَى أَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَثَمَةِ ، بِإِسْنَادِهِمْ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ :
 فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا - عَنِ الْمُتَلَاعِنَتَيْنِ - وَقَضَى أَنْ لَا يَبْتَ لَهَا عَلَيْهِ وَلَا
 قُوَّةٌ ^(٢٢) . وَلَأنَّ هَذِهِ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ تَحْرِيمًا لَا تُزِيلُهُ الرَّجْعَةُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهَا سُكْنَى وَلَا نِفْقَةٌ ،
 كَالْمُلَاعِنَةِ أَوْ كَالْأَجْنَبِيَّةِ ، وَفَارَقَتْ الرَّجْعِيَّةُ فِي ذَلِكَ . وَأَمَّا الرَّجْعِيَّةُ ، فَلَهَا السُّكْنَى
 وَالنِّفْقَةُ ؛ لِلآيَةِ وَالْمَخْبَرِ وَالْإِجْمَاعِ ، وَلِأَنَّهَا زَوْجَةٌ يَلْحَقُهَا طَلَاقُهُ وَظِلْمُهَا وَإِلَازِمُهُ .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) في ١ : هـ لأن .

(١٧) في ب : ١ : رده .

(١٨-١٩) في ١ : ١ : فبدل .

(١٩) كسخت من : ١ .

(٢٠) في ١ : هـ لاشتراط .

(٢١) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣/٨ .

فصل : فأما المُلَاعِنَةُ فلا سُكْنَى لها ، ولا نفقة ، إن كانت غيرَ حامِلٍ ، للخبر . وكذلك إن كانت حامِلاً تَنفَى حَمْلُهَا ، وَقُلْنَا : إِنَّهُ يَتَنَفَّى ^(٢٢) عنه . أَوْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَتَنَفَّى ^(٢٣) بِزَوَالِ الْفَرَّاشِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَتَنَفَّى بِتَنَفِيهِ . أَوْ لَمْ يَتَفِهْ ، وَقُلْنَا : إِنَّهُ يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ . فَلَهَا السُّكْنَى وَالتَّفَقُّةُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِلْحَمَلِ ، أَوْ لَهَا بِسَبَبِهِ ، وَهُوَ مَوْجُودٌ ^(٢٤) ، فَأُشْبِهَتْ الْمُطْلَقَةُ الْبَائِنُ . فَإِنْ نَفَى الْحَمْلُ ، فَأُتْفِقَتْ أُمُّهُ ، وَسَكَنْتْ مِنْ غَيْرِ الزَّوْجِ ، وَأُرْضِعَتْ ، ثُمَّ اسْتَلْحَقَهُ الْمُلَاعِنُ ، لِحَقِّهِ ، وَلَزِمَتْهُ التَّفَقُّةُ وَأُجِرَتْ ^(٢٥) الْمَسْكِينُ وَالرُّضَاعُ ؛ لِأَنَّهَا فَعَلَتْ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ لَا أَبَ لَهُ ، فَإِذَا بَيَّنَّتْ لَهُ أَبٌ ، لَزِمَتْ ذَلِكَ ، وَرُجِعَ بِهِ عَلَيْهِ . فَإِنْ قِيلَ : التَّفَقُّةُ لِأَجْلِ الْحَمْلِ تَفَقُّةُ الْأَقَارِبِ ، وَهِيَ تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، فَكَيْفَ تُرْجَعُ عَلَيْهِ بِمَا يَسْقُطُ عَنْهُ ؟ قُلْنَا : بَلِ التَّفَقُّةُ لِلْحَامِلِ مِنْ أَجْلِ الْحَمْلِ ، فَلَا تَسْقُطُ ، كَتَفَقُّتِهَا فِي الْحَيَاةِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهَا لِلْحَمْلِ ^(٢٦) ، إِلَّا أَنَّهَا مَصْرُوفَةٌ إِلَيْهَا ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّهَا ، فَلَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، كَتَفَقُّتِهَا .

فصل : فأما الْمُعْتَدَّةُ مِنَ الْوَفَاةِ ، فَإِنْ كَانَتْ حَائِلاً ، فَلَا سُكْنَى لها وَلَا تَفَقُّةٌ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ زَالَ بِالْمَوْتِ ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً ، فَفِيهَا رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هِيَ السُّكْنَى وَالتَّفَقُّةُ ؛ لِأَنَّهَا حَامِلٌ مِنْ زَوْجِهَا ، فَكَانَتْ لَهَا السُّكْنَى وَالتَّفَقُّةُ ، كَالْمُفَارِقَةِ فِي الْحَيَاةِ . وَالثَّانِيَةِ ، لَا سُكْنَى لها وَلَا تَفَقُّةٌ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ قَدْ صَارَ لِلْوَرَثَةِ ، وَنَفَقَةُ الْحَامِلِ وَسُكْنَاهَا إِنَّمَا هُوَ لِلْحَمْلِ أَوْ مِنْ أَجْلِهِ ، وَلَا يَلْزِمُ ذَلِكَ الْوَرَثَةُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ / مِيرَاثٌ ، فَتَفَقُّةُ الْحَمْلِ مِنْ نَصِيبِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِيرَاثٌ ، لَمْ يَلْزِمْ وَارِثُ الْمَيِّتِ الْإِنْتِفَاقُ عَلَى حَمْلِ امْرَأَتِهِ ، كَمَا بَعْدَ الْوِلَادَةِ . قَالَ الْقَاضِي : وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ أَصَحُّ .

فصل : وَهَلْ تُجِبُّ تَفَقُّةُ الْحَمْلِ ^(٢٧) لِلْحَامِلِ مِنْ أَجْلِ الْحَمْلِ أَوْ لِلْحَمْلِ ، فِيهِ

(٢٢-٢٣) سقط من : م .

(٢٣) في الأصل ، ب ، م : م موجودة .

(٢٤) في ١ ، ب ، م : وأجر .

(٢٥) في الأصل : بمثل .

(٢٦) سقط من : ١ .

رَوَاتَانِ ؛ إحداهما : تَجِبُ لِلْحَمْلِ . اختارها أبو بكرٍ ؛ لأنها تَجِبُ بِوُجُودِهِ ، وَتَسْقُطُ عِنْدَ انْفِصَالِهِ ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّهَا لَهُ . والثانية ، تَجِبُ لَهَا مِنْ أَجْلِهَا ؛ لأنها تَجِبُ مَعَ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ ، فَكَانَتْ لَهُ كَنَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ ، وَلأنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، فَأَشْبَهَتْ نَفَقَتَهَا فِي حَيَاتِهِ . وللشافعي قولان ، كالرَّوَاتَيْنِ . وَيَتَّبِعِي عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ قُرُوعٌ ؛ مِنْهَا ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ الْمُطَلَّقةُ الْحَامِلُ ^(٢٧) أُمَةً ، وَقُلْنَا : التَّفَقُّةُ لِلْحَمْلِ . فَتَفَقَّتْهَا عَلَى سَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَهَا . فَعَلِيَ الزَّوْجُ ؛ لِأَنَّهُ نَفَقَتُهَا عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ عَقْدًا ، وَقُلْنَا : هِيَ لِلْحَمْلِ . فَلَيْسَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ ^(٢٨) ؛ لِأَنَّهُ لَا تَلْزُمُهُ نَفَقَةُ وَلَدِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَهَا . فَالْتَّفَقَةُ عَلَيْهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا مِنْ نِكَاحٍ فَاسِيدٍ ، أَوْ وَطْءٍ شَبْهَةٍ ، وَقُلْنَا : التَّفَقُّةُ لِلْحَمْلِ . فَعَلِيَ الزَّوْجُ وَالْوَأطِيُّ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدُهُ ، فَلَزِمَتْهُ نَفَقَتُهُ كَمَا بَعْدَ الْوَضْعِ . وَإِنْ قُلْنَا : لِلْحَامِلِ . فَلَا تَفَقُّةَ عَلَيْهِ ^(٢٩) ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ زَوْجَةً يَجِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهَا . وَإِنْ تَشَرَّتْ امْرَأَةٌ إِنْسَانًا ، وَهِيَ حَامِلٌ ، وَقُلْنَا : التَّفَقُّةُ لِلْحَمْلِ . لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ وَلَدِهِ لَا تَسْقُطُ بِشُرُورِ أُمِّهِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَهَا . فَلَا تَفَقُّةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا نَاشِئٌ .

فصل : وَيَلْزَمُ الزَّوْجُ دَفْعَ نَفَقَةِ الْحَامِلِ الْمُطَلَّقةِ إِلَيْهَا يَوْمًا فَيَوْمًا ، كَمَا يَلْزَمُهُ دَفْعُ نَفَقَةِ الرَّجْعِيَّةِ . وقال الشافعي ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لَا يَلْزَمُهُ دَفْعُهَا إِلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ ، وَلِهَذَا : أَوْقَفْنَا ^(٣٠) الْمِيرَاثَ . وَهَذَا إِخْلَافٌ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كُنْ أُولِي حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . وَلأنَّهَا مَخْكُومٌ لَهَا بِالنَّفَقَةِ ، فَوَجَبَ دَفْعُهَا إِلَيْهَا ، كَالرَّجْعِيَّةِ . وَمَا ذَكَرَهُ ^(٣١) غَيْرُ صَحِيحٌ ؛ فَإِنَّ الْحَمْلَ يَثْبُتُ بِالْأُمَارَاتِ ، وَتَثْبُتُ أَحْكَامُهُ فِي ^(٣٢) النِّكَاحِ ، وَالْحَدِّ ، وَالْقِصَاصِ ، وَفَسْخِ الْبَيْعِ فِي الْجَارِيَةِ

(٢٧) سقط من : ب .

(٢٨) في م : د نفقة ه .

(٢٩) في ب ، م ، د : عليها ه .

(٣٠) في ا ، ب ، م ، د : وقفنا ه .

(٣١) في ا ، ب ، م ، د : ذكره ه .

(٣٢) في الأصل : ا ، د : فيه ه .

المبيعة ، والمنع من الأخذ في (٣٣) الزكاة ، وجوب الدفع في الدية ، فهو كالمُتحقق ، ولا يشبه هذا الميراث ؛ فإن كان (٣٤) الميراث لا يثبت (٣٥) بمجرد الحمل ، فإنه يشترط له الوضع والاستيلاء بعد الوضع ، ولا يوجد ذلك قبله ، ولأننا لا نعلم صفة الحمل وقدره ووجود / شرط (٣٦) توريثه ، بخلاف (٣٧) مسألتنا ، فإن النفقة تجب بمجرد الحمل ، ولا تختلف باختلافه ، فإذا ثبت هذا ، فمتى ادعت الحمل فصدها ، دفع إليها ، فإن كان حاملاً ، فقد استوفت حقها ، وإن بان أنها ليست حاملاً ، رجع عليها ، سواء دفع (٣٨) إليها بحكم الحاكم أو بغيره ، وسواء شرط (٣٩) أنها نفقة أو لم يشترط . وعنه : لا يرجع . والصحيح أنه يرجع ؛ لأنه دفعه على أنه واجب ، فإذا بان أنه ليس بواجب ، استرجعه ، كما لو قضاه ديناً ، فبان أنه لم يكن عليه دين . وإن أنكر حملها ، نظر النساء الثقات ، فرجع إلى قولهن ، (٤٠) ويُقبل قول المرأة (٤١) الواحدة إذا كانت من أهل الخبرة والعدالة ؛ لأنها شهادة على ما لا يطلع عليه الرجال ، أشبه الرضاع ، وقد ثبت الأصل بالخبر .

فصل : ولا تجب النفقة على الزوج في النكاح الفاسد ؛ لأنه ليس بينهما نكاح صحيح ، فإن طلقها أو فرق بينهما قبل الوطء ، فلا عدة عليها ، وإن كان بعد الوطء ، فعليها العدة ، ولا نفقة لها ولا سكنى ، إن كانت حائلاً ؛ لأنه إذا لم يجب (٤٢) ذلك قبل التفريق ، فبعده أولى ، وإن كانت حاملاً ، فعلى ما ذكرنا من قبل ؛ فإن قلنا : لها النفقة

(٣٣) في م زيادة : منع .

(٣٤) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٥) في ا ، ب ، م زيادة : إلا .

(٣٦) سقط من : م . وفي ا ، ب : شرطه .

(٣٧) في الأصل : بخلاف .

(٣٨) في ا : دفعه .

(٣٩) في ا : شرطاً .

(٤٠-٤١) في ا : يُقبل قولهن .

(٤١) في ب : يجوز .

إذا كانت حاملاً . فلها ذلك قبل التفريق ؛ لأنه إذا وَجَبَ بعد التفريق ، فقبله أولى . ومتى أَتَقَّ عليها قبل مُفَارَقَتِهَا أو بعدها ، لم يَرْجِعْ عليها بشيء^(١٢) ؛ لأنه إن كان عالماً بعدم الوجوب ، فهو مُتَطَوِّعٌ به ، وإن لم يكن عالماً فهو مُقَرَّطٌ ، فلم يَرْجِعْ به^(١٣) ، كما لو أَتَقَّ على أجنبية . وكلُّ مُعْتَدَةٍ من الوطء في غير نكاح صحيح ، كالموطوءة بشبهة وغيرها ، إن كان يَلْحَقُ الواطئ نَسَبٌ ولِدها ، فهي كالموطوءة في النكاح الفاسد ، وإن كان لا يَلْحَقُهُ نَسَبٌ ولِدها ، كالزاني ، فليس عليه نفقتها ، حاملاً كانت أو حائلاً ؛ لأنه لا نِكَاحَ بينهما ، ولا بينهما وَلَدٌ يَنْسَبُ إليه .

١٣٩٧ - مسألة : قال : (وَإِذَا خَالَعَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا ، وَأَبْرَأَتْهُ مِنْ حَمْلِهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهَا نَفَقَةٌ ، وَلَا لِلزَّوْجِ ، حَتَّى تَقْطِعَهُ)

أما إذا خَالَعَتْهُ ولم تُبْرِئْهُ مِنْ حَمْلِهَا ، فلها النِّفَقَةُ ، كما لو طَلَّقَهَا ثلاثاً وهي حَامِلٌ ؛ لأنَّ الحَمْلَ وَلَدُهُ ، فعليه نَفَقَتُهُ ، وإن أَبْرَأَتْهُ من الحملِ عَوَضًا في الخُلْعِ ، صَحَّ ، سواء كان العَوَضُ كُلَّهُ أو بعضَهُ ، وقد ذَكَرْنَاهُ في الخُلْعِ^(١) ، وَيَبْرَأُ حَتَّى^(٢) تَقْطِعَهُ ، إذا كانت قد أَبْرَأَتْهُ مِنْ نَفَقَةِ الحَمْلِ وكِفَالَةِ الزَّوْجِ إلى ذلك ، أو أَطْلَقَتْ / البَرَاءَةَ مِنْ نَفَقَةِ الحَمْلِ وكِفَالَتِهِ ؛ لأنَّ البَرَاءَةَ الْمُطْلَقَةَ تُصَرِّفُ إلى المُدَّةِ التي تُسْتَحَقُّ المرأةُ العَوَضَ عليه فيها ، وهي مُدَّةُ الحَمْلِ والرِّضَاعِ ، لأنَّ المُطْلَقَ إذا كان له عُرْفٌ ، انصَرَفَ إلى العُرْفِ . وإن اختلفَا في مُدَّةِ الرِّضَاعِ ، انصَرَفَ إلى حَوْلَيْنِ ؛ لقوله سبحانه : ﴿ وَفَصَّالَةٌ فِي عَامَيْنِ ﴾^(٣) . وقال تعالى : ﴿ وَالزَّوْجَاتُ يَرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ

(٤٢) سقط من : م .

(٤٣) سقط من : الأصل .

(١) تقدم في : ٢٨٤/١٠٠ .

(٢) في ب ، م ، ن : حين .

(٣) في الأصل : طلبت .

(٤) سورة لقمان ١٤ .

أَنْ يَنْتِ الرِّضَاعَةَ ﴿٥﴾ . ثم قال : ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ﴾ ﴿٦﴾ . فدلَّ على أنَّه لا يجوزُ فِصَالُهُ قَبْلَ الْعَامَيْنِ ^(٧) إِلَّا بِتَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ . وإن قَدَّرْنَا مُدَّةَ الْبِرَاءَةِ بِزَمَنِ الْحَمْلِ ، أو بِعَامٍ ، أو بِخَوِ ذَلِكَ ، فهو على مَا قَدَّرَاهُ ، وهو أَحْسَنُ ؛ لِأَنَّهُ أَقْطَعُ لِلنِّزَاجِ ، وَأَبْعَدُ مِنَ اللَّبْسِ وَالِاشْتِبَاهِ . ولو أَبْرَأْتُهُ مِنْ نَفَقَةِ الْحَمْلِ ، انْتَصَرَفَ ذَلِكَ إِلَى زَمَنِ الْحَمْلِ قَبْلَ وَضْعِهِ . قال القاضي : إِنَّمَا صَحَّ مُخَالَعَتُهَا عَلَى نَفَقَةِ الْوَلَدِ ، وَهِيَ لِلْوَلَدِ دُونَهَا ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الْمَالِكَةِ لَهَا ، لِأَنَّهَا هِيَ الْقَابِضَةُ لَهَا ، الْمُسْتَحَقَّةُ لَهَا ^(٨) ، الْمُتَصَرِّفَةُ فِيهَا ، فَإِنَّهَا فِي مُدَّةِ الْحَمْلِ هِيَ الْآكِلَةُ لَهَا ^(٩) ، الْمُتَنَفِّعَةُ بِهَا ، وَبَعْدَ الْوِلَادَةِ هِيَ أَجْرُ رِضَاعِهَا لَهَا ^(١٠) ، وَهِيَ الْآخِذَةُ لَهَا ، الْمُتَصَرِّفَةُ فِيهَا أَيْضًا ، فَصَارَتْ كَمِلْكٍ مِنْ أَمْلَاكِهَا ، فَصَحَّ جَعْلُهَا عَوَضًا . فَأَمَّا النَّفَقَةُ الزَّائِدَةُ عَلَى هَذَا ، مِنْ كُسُوتِهِ الطِّفْلِ وَدُفْنِهِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ فَلَا يَصِحُّ أَنْ يُعَاوَضَ بِهِ فِي الْخُلْعِ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ هُوَ لَهَا ، وَلَا هُوَ فِي حُكْمِ مَا هُوَ لَهَا .

١٣٩٨ - مسألة ؛ قال : (وَالنَّاشِئُ لَا نَفَقَةَ لَهَا ، فَإِنْ كَانَ لَهَا مِنْهُ وَلَدٌ ، أُعْطِيَتْهَا نَفَقَةُ وَلَدِهَا)

معنى التَّشَوُّرِ مَعَصِيَّتُهَا لِرُؤُوسِهَا فِيمَا لَهَا عَلَيْهَا ، مِمَّا أَوْجَبَهُ لَهُ ^(١) النِّكَاحُ ^(٢) ، وَأَصْلُهُ مِنَ الارتفاعِ ، مَا اخُودٌ مِنَ النَّشْزِ ، وَهُوَ الْمَكَانُ الْمُرْتَفِعُ ، فَكَأَنَّ النَّاشِئَ ارْتَفَعَتْ عَنْ طَاعَةِ رُؤُوسِهَا ، فَسُمِّيَتْ نَاشِئًا . فَمَتَى امْتَنَعَتْ مِنْ قِرَاضِهِ ، أَوْ خَرَجَتْ مِنْ مَنْزِلِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أَوْ امْتَنَعَتْ مِنَ الْإِتِّقَالِ مَعَهُ إِلَى مَسْكَنِ مِثْلِهَا ، أَوْ مِنَ السَّفَرِ مَعَهُ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا وَلَا

(٥) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٦) في الأصل ، ١ : ١ : الحولين .

(٧) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٨) في ب : ١ : له .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في ١ : ١ : لها .

(٢) في ب : ١ : بالنكاح .

سُكُنَى ، في قول عامة أهل العلم ، منهم الشَّعْبِيُّ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وقال الْحَكَمُ : لها النِّفَقَةُ . وقال ابنُ الْمُنْذِرِ :
لا أعلم أحدا خالف هؤلاء إلا الْحَكَمَ ، ولعله يَحْتَجُّ بأنَّ نُشُوزَهَا لا يَسْقُطُ مَهْرُهَا ،
فكَذَلِكَ نَفَقَتُهَا . ولنا ، أَنَّ النِّفَقَةَ إِنَّمَا تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ تُمْكِينِهَا ، بدليل أَنَّها لا تَجِبُ قَبْلَ
و ٢٠٣/٨ تَسْلِيمِهَا إِلَيْهِ ، وَإِذَا مَنَعَهَا / النِّفَقَةَ كَانَ لَهَا ^(٣) مَنَعُهُ التُّمْكِينُ ، فَإِذَا مَنَعَتْهُ التُّمْكِينُ كَانَ لَهُ
مَنَعُهَا مِنَ النِّفَقَةِ ، كَمَا قَبْلَ الدُّخُولِ . وَتَخَالِفُ الْمَهْرُ ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ ، وَلِذَلِكَ
لَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَجَبَ الْمَهْرُ دُونَ النِّفَقَةِ . فَأَمَّا إِذَا كَانَ لَهُ ^(٤) مِنْهَا وَلَدٌ ، فَعَلَيْهِ
نِفَقَةٌ وَإِيْدَهُ ؛ لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ لَهُ ، فَلَا يَسْقُطُ حَقُّهُ بِمَعْصِيَّتِهَا ، كَالْكَبِيرِ ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَهَا
إِيَّاهَا إِذَا كَانَتْ هِيَ الْحَاضِرَةَ ^(٥) لَهُ ، أَوِ الْمُرْضِعَةَ لَهُ ، وَكَذَلِكَ أَجْرُ رَضَاعِهَا ، يُلْزَمُهُ
تَسْلِيمُهُ ^(٦) إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ أَجْرٌ مَلَكَتْهُ عَلَيْهِ بِالْإِرْضَاعِ ^(٧) ، لَا فِي مُقَابَلَةِ الْاسْتِمْتَاعِ ، فَلَا
يُزُولُ بِزَوَالِهِ .

فصل : وَإِذَا سَقَطَتْ نِفَقَةُ الْمَرْأَةِ بِنُشُوزِهَا ، فَعَادَتْ عَنِ النُّشُوزِ وَالزَّوْجِ حَاضِرٌ ،
عَادَتْ نَفَقَتُهَا ؛ لِزَوَالِ الْمُسْقِطِ لَهَا ، وَوُجُودِ التُّمْكِينِ الْمُقْتَضِي لَهَا . وَإِنْ كَانَ غَائِبًا ، لَمْ
تَعُدْ نَفَقَتُهَا حَتَّى يَعُودَ التَّسْلِيمُ بِحَضُورِهِ ، أَوْ بِحَضُورِ ^(٨) وَكِيلِهِ ، أَوْ حُكْمِ الْحَاكِمِ
بِالْوُجُوبِ إِذَا مَضَى زَمَنُ الْإِمْتِكَانِ . وَلَوْ ارْتَدَّتْ أَمْرَأَتُهُ ، سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا ، فَإِنْ عَادَتْ
إِلَى الْإِسْلَامِ ، عَادَتْ نَفَقَتُهَا بِمَجْرَدِ عَوْدِهَا ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّةَ إِنَّمَا سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا
بِخُرُوجِهَا ^(٩) عَنِ الْإِسْلَامِ ، فَإِذَا عَادَتْ إِلَيْهِ ، زَالَ الْمَعْنَى الْمُسْقِطُ ، فَعَادَتْ النِّفَقَةُ ،

(٣) في الأصل : وله .

(٤) سقط من : ب .

(٥) في ب ، م : : الحاضرة . تحريف .

(٦) في الأصل : : بتليمه .

(٧) في الأصل : : بالرضاع .

(٨) في ا ، ب ، م : : حضور .

(٩) في الأصل : : لخروجها .

وفي التَّشْوِيزِ ، سَقَطَتِ النِّفْقَةُ بِخُرُوجِهَا عَنْ يَدِهِ ، أَوْ مَنَعَهَا^(١٠) لَهُ مِنَ التَّمْكِينِ الْمُسْتَحَقِّ عَلَيْهَا ، وَلَا يَزُولُ ذَلِكَ إِلَّا بِعَوْدِهَا إِلَى يَدِهِ ، وَتَمْكِينِهِ مِنْهَا ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ فِي غَيْبَتِهِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ بَدَأَتْ تَسْلِيمَ نَفْسِهَا قَبْلَ دُخُولِهَا فِي حَالِ غَيْبَتِهِ ، لَمْ تُسْتَحَقَّ النِّفْقَةُ بِمُجَرَّدِ الْبَذْلِ ، كَذَا هُنَا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١٠) لِي ب : هـ وَمَنَعَهَا .

باب مَنْ أَحَقُّ بِكَفَالَةِ الطِّفْلِ

كَفَالَةُ الطِّفْلِ وَحَضَانَتُهُ وَاجِبَةٌ ؛ لِأَنَّهُ يَهْلِكُ بِتَرْكِهِ ، فَيَجِبُ حِفْظُهُ عَنِ الْمَهْلَاكِ ، كَمَا
يَجِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ جَاوَزَهُ مِنَ الْمَهَالِكِ . وَيَتَعَلَّقُ بِهَا أَحَقُّ لِقَرَابَتِهِ ، ^(١) لِأَنَّ فِيهَا ^(٢) وِلَايَةً عَلَى
الطِّفْلِ وَاسْتِصْحَابًا ^(٣) لَهُ ، فَتَعَلَّقَ ^(٤) بِهَا الْحَقُّ ، كَكَفَالَةِ اللَّيْطِيطِ . وَلَا تُثَبِّتُ الْحَضَانَةُ
لِطِفْلِ ، وَلَا مَعْتُوهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهَا ، وَهُوَ مُخْتَارٌ إِلَى مَنْ يَكْفُلُهُ ، فَكَيْفَ يَكْفُلُ
غَيْرَهُ ؟ وَلَا فَاسِقٌ ^(٥) ؛ لِأَنَّهُ ^(٦) غَيْرُ مَوْثُوقٍ بِهِ فِي أَدَاءِ الْوَاجِبِ مِنَ الْحَضَانَةِ ، وَلَا حَظٌّ لِلْوَلَدِ فِي
حَضَانَتِهِ ، لِأَنَّهُ يَنْشَأُ عَلَى طَرِيقَتِهِ ، وَلَا الرَّفِيقِ . وَهَذَا قَالَ عَطَاءٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . / وَقَالَ مَالِكٌ ، فِي حُرِّهِ وَلَدٌ حُرٌّ مِنْ أُمِّهِ : الْأُمُّ أَحَقُّ بِهِ ، إِلَّا أَنْ يُبَاغَ
فَتَنْقَلُ ، فَيَكُونُ الْأَبُ أَحَقُّ بِهِ ؛ لِأَنَّهَا أُمُّ مُشْفِقَةٍ ، فَأَشْبَهَتْ الْحُرَّةَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا لَا تُنْقَلُ
مَنَافِعَهَا الَّتِي تُحْصَلُ الْكَفَالَةُ ^(٧) بِهَا ، لِكُونِهَا مَمْلُوكَةً لِمُسَيِّدِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهَا حَضَانَةٌ ، كَمَا
لَوْ بَاعَتْ وَتَقَلَّتْ . وَلَا تُثَبِّتُ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَسَوَّازٌ ،
وَالْعَتَبَرِيُّ . وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : تُثَبِّتُ لَهُ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عَبْدِ
الْحَمِيدِ بْنِ جَعْفَرٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ رَافِعِ بْنِ سَيَّانٍ ، أَنَّهُ أَسْلَمَ ، وَأَبَتْ أُمُّهُ أَنْ
تُسَلَّمَ ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ : ابْنَتِي . وَهِيَ فَطِيمَةُ ، أَوْ شَبِهُهُ ، وَقَالَ رَافِعٌ : ابْنَتِي .
فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : «أَقْعُدِي نَاجِيَةً» ، وَقَالَ لَهَا : «أَقْعُدِي نَاجِيَةً» ، وَقَالَ : «ادْعُوَهَا» .

(١-٢) في ١ : «فإن منها» .

(٢) في ٣ : «واستحقاقه» .

(٣) في ٤ : «فيتعلق» .

(٤) في الأصل ، أ ، م : «الفاسق» .

(٥) في الأصل : «فإنه» .

(٦) في إعادة : «له» .

فَمَالَتْ الصَّبِيَّةُ إِلَى أُمِّهَا ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « اللَّهُمَّ اهْدِهَا » . فَمَالَتْ إِلَى أَبِيهَا ، فَاتَّخَذَهَا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٧) . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَلَايَةٌ ، فَلَا تُثَبِّتُ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ ، كَوَلَايَةِ التُّكَاجِ وَالْمَالِ ، وَلَئِنْهَا إِذَا لَمْ تُثَبِّتْ لِلْفَاسِقِ ، فَالْكَافِرُ أَوْلَى ، فَإِنْ حَرَّرَهُ أَكْثَرُ ، فَإِنَّهُ يَفْتِنُهُ عَنْ دِينِهِ ، وَيُخْرِجُهُ عَنِ الْإِسْلَامِ بِتَعْلِيمِهِ ^(٨) الْكُفْرَ ، وَتَرْبِيَّتِهِ لَهُ ، وَتَرْبِيَّتِهِ عَلَيْهِ ، وَهَذَا أَعْظَمُ الضَّرَرِ . وَالْحَضَانَةُ إِنَّمَا تُثَبِّتُ لِحَظِّ الْوَلَدِ ، فَلَا تُشْتَرَعُ عَلَى وَجْهِ يَكُونُ فِيهِ ^(٩) هَلَاكُهُ وَهَلَاكُ دِينِهِ . فَأَمَّا الْحَدِيثُ ، فَقَدْ رَوَى عَلَى غَيْرِ هَذَا التَّوَجُّهِ ، وَلَا يُثَبِّتُهُ أَهْلُ الثَّقَلِ ، وَفِي إِسْنَادِهِ مَقَالٌ . قَالَ ^(١٠) ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلِمَ أَنَّهَا تَحْتَاطَرُ أَبَاهَا بِدَعْوَتِهِ ، فَكَانَ ذَلِكَ خَاصًّا فِي حَقِّهِ . فَأَمَّا مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ مُهَابَاةٌ ، فَلَا حَضَانَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهَا ، لَكُونَ مَنَافِعُهُ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُهَابَاةٌ ، فَقِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، أَنَّ لَهُ الْحَضَانَةَ فِي آيَاتِهِ ، لِأَنَّهُ قَالَ : كُلُّ مَا يَتَجَرَّأُ ، فَعَلِيهِ النُّصْفُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا حَضَانَةَ لَهُ . لِأَنَّهُ كَالْقَيْنِ عِنْدَهُ . وَهَذَا أَصْلٌ قَدْ تَقَدَّمَ .

١٣٩٩ - مسألة : قال ^(١) : (وَالْأُمُّ أَحَقُّ بِكَفَالَةِ الطِّفْلِ وَالْمَعْتُوه ، إِذَا طَلَّقَتْ)

وَجَعَلَتْهُ أَنَّ الزَّوْجَيْنِ إِذَا اقْتَرَفَا ، وَلَهُمَا وَلَدٌ طِفْلٌ أَوْ مَعْتُوهٌ ، فَأُمُّهُ أَوْلَى النَّاسِ بِكَفَالَتِهِ إِذَا كَمَلَتْ الشَّرَاطِطُ فِيهَا ، ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى . وَهَذَا قَوْلُ يَحْيَى الْأَنْصَارِيِّ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، / وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابَ الرَّأْيِ ، وَلَا تَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَهُمْ . وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ ، أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ :

(٧) ق : باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٠/١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٤٦/٥ .

(٨) ق ١ : بتعليمه .

(٩) ق ١ : فيها .

(١٠) ق الأصل ، م : قال .

(١) ق ب زيادة : أبو القاسم .

بارسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له جواء ، وإن أباه طلقني ، وأراد أن يتزوجه مني . فقال رسول الله ﷺ : « أنت أحق به مما لم تنكحني » . رواه أبو داود^(١) . ويروى أن أبا بكر الصديق ، حكّم على عمر بن الخطاب بعاصم لأمه ثم عاصم ، وقال : يحبها وشمها ولطفها ، خير له منك . رواه سعيد ، في « سننه »^(٢) . ولأنها أقرب إليه ، وأشفق عليه ، ولا يُشارِكها في القرب إلا أبوه ، وليس له مثل شفقتها ، ولا يتولّى الحضانة بنفسه ، وإنما يدفعه إلى امرأته ، وأمه أولى به من امرأة أبيه .

فصل : فإن لم تكن الأم من أهل الحضانة ، لفقدان الشروط التي ذكرناها فيها^(٣) ، أو بعضها ، فهي كالمعدومة ، وتنتقل^(٤) إلى من يليها في الاستحقاق . ولو كان الأبوان من غير أهل الحضانة ، انتقلت إلى من يليهما ؛ لأنهما كالمعدومين .

فصل : ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل والمعتوه^(٥) ، فأما البالغ الرشيد ، فلا حضانة عليه ، وإليه الخيرة^(٦) في الإقامة^(٧) عند من شاء من أبويه ، فإن كان رجلاً ، فله الانفراد بنفسه ، لاستغنائه عنهما ، ويستحب أن لا يتفرّد عنهما ، ولا يقطع برّه عنهما ، وإن كانت جارية لم يكن لها الانفراد ، ولأبها منعهما منه ، لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يُفسدّها ، ويُلحق العار بها وأهلها ، وإن لم يكن لها أب ، فليولّيها وأهلها منعهما من ذلك .

(٢) في : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٩/١ .

(٣) في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١٠٩/٢ ، ١١٠ .

كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في المؤت من الرجال ومن أحق بالولد ، من كتاب الوصية . الموطأ ٧٦٧/٢ ، ٧٦٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير ، من كتاب الطلاق . المعنف ٢٣٦/٥ - ٢٣٨ .

(٤) سقط من : ١ .

(٥) في أنبأه : : الحضانة .

(٦) في ب ، م : أو المعتوه .

(٧-٧) سقط من : ب .

١٤٠٠ - مسألة : قال : (وَإِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ سَبْعَ سِنِينَ ، خَيْرَ بَيْنَ أَبَوَيْهِ ، فَكَانَ مَعَ مَنْ اخْتَارَ مِنْهُمَا)

وجملته أن الغلام إذا بلغ سبعا ، وليس بمعتوه ، خَيْرَ بَيْنَ أَبَوَيْهِ ، إذا تنازعا فيه ، فمن اختار^(١) منهما ، فهو أَوْلَى به . قضى بذلك عمر ، وعلي ، وشريح . وهو مذهب الشافعي ، وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يُخَيَّر . لكن قال أبو حنيفة : إذا استقل بنفسه ، فأكل بنفسه ، ولمس بنفسه ، واستنجى بنفسه ، فالأب أحق به . ومالك يقول : الأم أحق به حتى يثغر^(٢) ، وأما التخيير ، فلا يصح ؛ لأن الغلام لا قول له ، ولا يعرف خطه ، وربما / اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ، ويمكنه من شهواته ، فيؤدي إلى فسادِه ، ولأنه دون البلوغ ، فلم يُخَيَّر ، كمن دون السبع . ولنا ، ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ خيّر غلاما بين أبيه وأمه . رواه سعيد ، بإسناده ، والشافعي^(٣) . وفي لفظ عن أبي هريرة ، قال : جاءت امرأة إلى النبي ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، إن زوجي يريد أن يذهب باني ، وقد سقاني من بئر أبي عتبة^(٤) ، وقد نفعتني . فقال له النبي ﷺ : « هذا أبوك ، وهذه أمك ، فخذ بيد أيهما شئت » . فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به . رواه أبو داود^(٥) ، ولأنه إجماع الصحابة ، فروى عن عمر ، أنه خيّر

(١) في ١ ، م : اختاره .

(٢) في م : يعرب ، تحريف . وأثر الغلام : ألقى ثغره ، ونبت ثغره ، خيّر .

(٣) أخرجه سعيد في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١١٠/٢ . وأخرجه الشافعي . انظر : الباب السابع في الحضنة ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٦٢/٢ ، ٦٣ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا اختلفا ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذي ١٠٩/٦ . وابن ماجه ، في : باب تخيير الصبي بين أبويه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٨/٢ . وإمام أحمد ، في : المسند ٢٤٦/٢ .

(٤) في م : عتبة . وثرأى عتبة : عل بعد ميل من المدينة . معجم البلدان ٤٣٤/١ .

(٥) في : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٠/١ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب في تخيير الصبي بين أبويه ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٧٠/٢ .

غلاماً بين أبيه وأمه . رواه سعيد^(٦) ، ورؤي عن^(٧) . عُمارة الجرمي ، أنه قال : خَيْرَ بِي
 عَلَى بَيْنِ عَمِّي وَأُمِّي ، وَكَتَبْتُ ابْنَ سَبْعٍ أَوْ ثَمَانٍ^(٨) . وَرُويَ نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ . وَهَذِهِ
 قِصَصٌ فِي مِطْنَةِ الشُّهُرَةِ ، وَلَمْ تُتَكَرَّرْ ، فَكَانَتْ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّ التَّقْدِيمَ فِي الْحَضَانَةِ لِحَقِّ^(٩)
 الْوَلَدِ ، فَيُقَدَّمُ^(١٠) مَنْ هُوَ أَشْفَقُ ؛ لِأَنَّ حَظَّ الْوَلَدِ عِنْدَهُ أَكْثَرُ ، وَاعْتَبَرْنَا الشَّفَقَةَ بِمِطْنَتِهَا
 إِذَا لَمْ يُمَكِّنْ اعْتِبَارُهَا بِنَفْسِهَا ، فَإِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ حَدًّا يُعْرِبُ عَنْ نَفْسِهِ ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَ الْإِكْرَامِ
 وَضِدِّهِ ، فَمَالَ إِلَى أَحَدِ الْأَبَوَيْنِ ، دَلَّ عَلَى أَنَّهُ أَرْفَقَ بِهِ ، وَأَشْفَقَ عَلَيْهِ ، فَقَدَّمَ بِذَلِكَ .
 وَيُقَدِّمُهُ بِالسَّبَبِ ، لِأَنَّهَا أَوَّلُ حَالٍ أَمَرَ الشَّرْعُ فِيهَا بِمُخَاطَبَتِهِ بِالْأَمْرِ بِالصَّلَاةِ ، وَلِأَنَّ الْأُمَّ
 قَدَّمَتْ فِي حَالِ الصَّغَرِ ، لِحَاجَتِهِ إِلَى حَمْلِهِ ، وَمُبَاشَرَةِ خِدْمَتِهِ ، لِأَنَّهَا أَغْرَفَ بِذَلِكَ ،
 وَأَقْرَبَهُ ، فَإِذَا اسْتَعْنَى عَنْ ذَلِكَ ، تَسَاوَى وَلَدَاهُ ، لِقُرْبِهِمَا مِنْهُ ، فَرَجَعَ بِاخْتِيَارِهِ .

فصل : ومتى اختار أحدهما فسلَّم إليه ، ثم اختار الآخر ، ردَّ إليه ، فإن عادَ فاختارَ
 الأول ، أُعِيدَ إليه ، هكذا أبدًا كلما اختار أحدهما صار إليه ؛ لِأَنَّهُ اخْتِيَارُ شَهْوَةٍ ،
 لِحَظِّ نَفْسِهِ ، فَاتَّبَعَ مَا يَشْتَهِيهِ ، كَمَا يَتَّبِعُ مَا يَشْتَهِيهِ فِي الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ ، وَقَدْ يَشْتَهِي
 الْمَقَامَ عِنْدَ أَحَدِهِمَا فِي وَقْتٍ ، وَعِنْدَ الْآخَرِ فِي وَقْتٍ ، وَقَدْ يَشْتَهِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمَا ، وَأَنْ لَا
 يَنْقَطِعَ عَنْهُمَا . وَإِنْ خَيَّرَنَاهُ ، فَلَمْ يَخْتَرْ وَاحِدًا مِنْهُمَا ، أَوْ اخْتَارَهُمَا مَعًا ، قَدَّمَ أَحَدَهُمَا
 بِالْقُرْبَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ اجْتِمَاعُهُمَا عَلَى حَضَانَتِهِ ،

(٦) في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١١٠/٢ ، ١١١ .
 كما أخرجه البيهقي ، في : باب الأبوين إذا اختلفا ... ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤/٨ . وابن أبي شيبة ،
 في : باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير . من كتاب الطلاق . المصنف ٢٣٦/٥ .
 (٧) سقط من : ١ .

(٨) أخرجه البيهقي ، في : باب الأبوين إذا اختلفا ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤/٨ . والشافعي ، انظر :
 الباب السابع في الحضانة ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٦٣/٢ . وسعيد ، في : باب الغلام بين الأبوين أيهما
 أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١١١/٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في الأولياء والأصنام أيهم أحق
 بالولد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٣٩/٥ ، ٢٤٠ .

(٩) في م : ٥ يلحق به ٤ .

(١٠) في ب م : ٥ فيقدم ٤ .

فَقَدَّمَ أَحَدَهُمَا بِالْقُرْعَةِ ، فِإِذَا قُدِّمَ بِهَا ، ثُمَّ اخْتَارَ الْآخَرَ ، رُدُّهُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّا قَدَّمْنَا اخْتِيَارَهُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ ، فَعَلِيَ الْقُرْعَةُ / التَّى ^(١١) هِيَ بَدَلُ أَوَّلَى .

٢٠٥/٨ و

فصل : فَإِنْ كَانَ الْأَبُ مَعْدُومًا ، أَوْ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، وَحَضَرَ غَيْرُهُ مِنْ الْعَصَبَاتِ ، كَالْأَخِ وَالْعَمِّ وَإِنِّهِ ، قَامَ مَقَامَ الْأَبِ ، فَيُخَيَّرُ الْغُلَامُ بَيْنَ أُمِّهِ وَعَصَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَيَّرَ عُمَارَةَ الْجَرْمِيُّ بَيْنَ أُمِّهِ وَعَمِّهِ . وَلَأنَّهُ عَصَبَةٌ ، فَأَشْبَهَ الْأَبَ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتِ الْأُمُّ ^(١٢) مَعْدُومَةً ، أَوْ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، فَسَلَّمَ ^(١٣) إِلَى الْجَدَّةِ ، خَيْرُ الْغُلَامِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَبِيهِ ، أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ مِنَ الْعَصَبَاتِ ، فَإِنْ كَانَ الْأَبَوَانِ مَعْدُومَيْنِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، فَسَلَّمَ إِلَى امْرَأَةٍ ، كَأَخْتِهِ أَوْ عَمَّتِهِ ^(١٤) أَوْ خَالَتِهِ ، قَامَتْ مَقَامَ أُمِّهِ ، فِي التَّخْيِيرِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ عَصَبَاتِهِ ، لِلْمَعْنَى الَّتِي ذَكَرْنَاهُ فِي الْأَبَوَيْنِ . فَإِنْ كَانَ الْأَبَوَانِ رَقِيقَيْنِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَحَدٌ مِنْ أَقَارِبِهِ سِوَاهُمَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا حَضَانَةَ لَهَا عَلَيْهِ ، وَلَا نَفَقَةَ لَهُ عَلَيْهِمَا ، وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، وَيُسَلَّمُ إِلَى مَنْ يَحْضَنُهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ .

فصل : وَإِنَّمَا يُخَيَّرُ الْغُلَامُ بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ جَمِيعًا مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، كَانَ كَالْمَعْدُومِ ، وَيُعَيَّنُ الْآخَرُ . الثَّانِي ، أَنْ لَا يَكُونَ الْغُلَامُ مَعْتُوهًا ، فَإِنْ كَانَ مَعْتُوهًا كَانَ عِنْدَ الْأُمِّ ، وَلَمْ يُخَيَّرْ ؛ لِأَنَّ الْمَعْتُوهَ بِمَنْزِلَةِ الطِّفْلِ وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا ، وَلِذَلِكَ كَانَتِ الْأُمُّ أَحَقَّ بِكَفَالَةِ وَلَدِهَا الْمَعْتُوهِ بَعْدَ بُلُوغِهِ . وَلَوْ خُيِّرَ الصَّبِيُّ ، فَاخْتَارَ أَبَاهُ ، ثُمَّ زَالَ عَقْلُهُ ، رُدُّهُ إِلَى الْأُمِّ ، وَيَطَّلُ اخْتِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا خُيِّرَ حِينَ اسْتَقْلَلَتْ بِنَفْسِهِ ، فِإِذَا زَالَ اسْتِقْلَالُهُ بِنَفْسِهِ ، كَانَتِ الْأُمُّ أَوَّلَى ؛ لِأَنَّهُمَا أَشْفَقُ عَلَيْهِ ، وَأَقْرَبُ بِمَصَالِحِهِ ^(١٥) ، كَمَا فِي حَالِ طِفْلٍ لِيَتَّهِ .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في أ ، ب ، م : أمه .

(١٣) في الأصل : فيسلم .

(١٤) في أ ، ب ، م : وصته .

(١٥) في أ : بمصالحه .

١٤٠١ - مسألة ، قال : (وَإِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَةُ سَبْعَ سِنِينَ ، فَلَأَبُ أَحَقُّ بِهَا)

وقال الشافعي : تُخَيَّرُ كَالْغُلَامِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ سِنٍ خَيْرٌ فِيهِ الْغُلَامُ خَيْرٌ فِيهِ الْجَارِيَةُ ، كَسِنَّ الْبُلُوغِ . وقال أبو حنيفة : الْأُمُّ أَحَقُّ بِهَا ، حَتَّى تُزَوِّجَ أَوْ تَجُضَّ . وقال مالك : الْأُمُّ أَحَقُّ بِهَا حَتَّى تُزَوِّجَ وَيَدْخُلَ^(١) بِهَا الزَّوْجُ ؛ لِأَنَّهَا لَا حُكْمَ لِاخْتِيَارِهَا ، وَلَا يُمَكِّنُ انفِرَادُهَا ، فَكَانَتِ الْأُمُّ أَحَقُّ بِهَا ، كَمَا قَبَلَ السَّبْعُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْغَرْضَ بِالْحِفْظِ وَالْحَفَظُ لِلْجَارِيَةِ بَعْدَ السَّبْعِ فِي الْكَوْنِ عِنْدَ أَبِيهَا ؛ لِأَنَّهَا تَحْتَاجُ إِلَى حِفْظٍ ، وَالْأَبُ أَوْلَى بِذَلِكَ ، فَإِنَّ الْأُمَّ تَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَحْفَظُهَا / وَبَصُوْنَهَا ، وَلِأَنَّهَا إِذَا بَلَغَتِ السَّبْعَ ، قَارَبَتْ الصَّلَاحِيَّةَ لِلتَّزْوِيجِ ، وَقَدْ زَوَّجَ النَّبِيُّ ﷺ عَائِشَةَ ، وَهِيَ ابْنَةُ سَبْعٍ^(٢) . وَإِنَّمَا تُحْطَبُ الْجَارِيَةُ مِنْ أَبِيهَا ؛ لِأَنَّهُ وَلِيُّهَا ، وَالْمَالِكُ لَتَزْوِيجِهَا ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْكَفَاءَةِ ، وَأَقْدَرُ عَلَى الْبَحْثِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّمَ عَلَى غَيْرِهِ ، وَلَا يُصَارُ إِلَى تَخْيِيرِهَا ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِهِ فِيهَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى الْغُلَامِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْحِفْظِ وَالتَّزْوِيجِ ، كَمَا حَاجَتْهَا إِلَيْهِ ، وَلَا عَلَى سِنَّ الْبُلُوغِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهَا حَيْثُذُ مُعْتَبَرٌ فِي إِذْنِهَا ، وَتَوْكِيلِهَا ، وَإِفْرَاقِهَا ، وَاخْتِيَارِهَا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ مَا بَعْدَ السَّبْعِ عَلَى مَا قَبْلَهَا ؛ لَمَا ذَكَّرْنَا فِي دَلِيلِنَا .

فصل : إِذَا كَانَتِ الْجَارِيَةُ عِنْدَ الْأُمِّ أَوْ عِنْدَ الْأَبِ ، فَإِنَّهَا تَكُونُ عِنْدَهُ لَيْلًا وَنَهَارًا ؛ لِأَنَّ تَأْذِينَهَا وَتَخْرِيجَهَا فِي جَوْفِ الْبَيْتِ ، مِنْ تَغْلِيلِهَا الْغَزْلَ وَالطَّبْعَ وَغَيْرِهِمَا^(٣) ، وَلَا حَاجَةَ بِهَا إِلَى الْإِخْرَاجِ مِنْهُ ، وَلَا يُنْتَعُ أَحَدُهُمَا مِنْ زِيَارَتِهَا عِنْدَ الْآخَرِ ، مِنْ غَيْرِ أَنْ يَخْلُوَ الزَّوْجُ بِأُمِّهَا ، وَلَا بِطَيْلٍ ، وَلَا يَتَبَسَّطُ ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ بَيْنَهُمَا تَمْنَعُ تَبَسُّطَ أَحَدِهِمَا فِي مَنْزِلِ الْآخَرِ . وَإِنْ مَرَضَتْ ، فَلِأُمِّ أَحَقُّ بِتَمْرِيطِهَا فِي بَيْتِهَا . وَإِنْ كَانَ الْغُلَامُ عِنْدَ الْأُمِّ بَعْدَ السَّبْعِ ، لِاخْتِيَارِهَا لَهَا ، كَانَ عِنْدَهَا لَيْلًا ، وَيَأْخُذُهُ الْأَبُ نَهَارًا لِيُسَلِّمَهُ فِي مَكْتَبٍ ، أَوْ

(١) فِي ١ ، ب ، م ، ن : أَوْ يَدْخُلُ .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيمَهُ ، فِي صَفْحَةِ ٣٩٦ ، ٣٩٨ / ٩ .

(٣) فِي ١ ، ب ، م ، ن : وَغَيْرِهَا .

في صناعة ؛ لأنَّ القَصْدَ حَطُّ الغُلام ، وحَطُّه فيما ذَكَرناه . وإن كان عند الأب ، كان عنده ليلاً ونهاراً ، ولا يُمنَع من زيارة أمه ؛ لأنَّ منته من ذلك إغراء بالعُقوق ، وقطيعة للرحيم^(٤) . وإن مَرَضَ ، كانت الأمُّ أَحَقُّ بِتَمْرِيضِهِ في بَيْتِهَا ؛ لأنَّه صار بالمَرَضِ كالصغير ، في الحاجة إلى مَنْ يقومُ بِأَمْرِهِ ، فكانت الأمُّ أَحَقُّ به كالصغير . وإن مَرَضَ أحدُ الأبوين ، والولدُ عند الآخر ، لم يُمنَع من عيادته ، وحضوره عند موته ، سواء كان ذَكَراً أو أنثى ؛ لأنَّ المَرَضَ يَمْنَعُ المَرِيضَ من المَشْيِ إلى ولده^(٥) ، فَمَشَى ولده إليه أُولَى . فأما في حالِ الصَّحَّةِ ، فإنَّ الغلامَ يَزُورُ أمه ؛ لأنها عَوْرَةٌ ، فسَتْرها أُولَى ، والأمُّ تَزُورُ ابنتها ؛ لأنَّ كُلَّ واحدةٍ منهما عَوْرَةٌ ، تحتاجُ إلى صيانةٍ وسِتْرٍ ، وسَتْرُ الجارية أُولَى ؛ لأنَّ الأمُّ قد تَحَرَّجَتْ وَعَقَلَتْ ، بخلافِ الجارية .

فصل : وإذا أراد أحدُ الأبوين السَّفَرَ لحاجة ثم يَعُودُ ، والآخَرُ مُقِيمٌ ، فالمُقِيمُ أُولَى بالحضانة ؛ لأنَّ في المُسافَرةِ / بالولدِ إضراراً به ، وإن كان مُنتَقِلاً إلى بلدٍ لِيَقِيمَ به ، وكان الطَّرِيقُ مَخَوفاً^(٦) أو البَلَدُ^(٧) الذي يَنْتَقِلُ إليه مَخَوفاً ، فالمُقِيمُ^(٨) أَحَقُّ به^(٩) ؛ لأنَّ في السَّفَرِ به عَظَرٌ به ، ولو اختارَ الولدُ السَّفَرَ في هذه الحال ، لم يُجَبِّ إليه ؛ لأنَّ فيه تَغْريزاً به . وإن كان البَلَدُ^(١٠) الذي يَنْتَقِلُ إليه آمناً ، وطَرِيقُهُ آمناً ، فالأبُّ أَحَقُّ به ، سواء كان هو المُقِيمُ أو المُنتَقِلُ ، إلّا أن يكونَ بينَ البَلَدَينِ قَرِيبٌ ، بحيث يَراهم الأبُّ كُلَّ يومٍ ويَروُّنه ، فتكونُ الأمُّ على حَضَانَتِهَا . وقال القاضي : إذا كان السَّفَرُ دُونَ مَسافَةِ القَصْرِ ، فهو في حُكْمِ الإقامَةِ . وهو قولُ بعض^(١١) أَصْحَابِ الشافعي ؛ لأنَّ ذلك في حُكْمِ الإقامَةِ في غير هذا الحُكْمِ ، فكذلك في هذا ، لأنَّ^(١٢) مُراعاةَ الأبِّ له مُمَكِّنَةٌ . والمنصوبُ عن أحمد

(٤) في ا ، ب ، م : الرحيم .

(٥) في ب ، م : والده ؛ خطأ .

(٦-٦) في ب : والبلد .

(٧-٧) في م : أولى بالحضانة .

(٨-٨) سقط من : الأصل .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) في ا ، ب : ولأن .

ما ذكرناه ، وهو أولى ؛ لأنَّ البُعْدَ الذي يَمْنَعُهُ من رُؤْيَيْهِ ، يَمْنَعُهُ من تَأْدِيهِهِ ، وتُعْلِيْمِهِ ، ومُرَاعَاةِ حَالِهِ ، فَأَشْبَهَ مَسَافَةَ الْقَصْرِ . وبما ذكرناه من تَقْدِيمِ الأبِّ عند اقتراق الدارِ بهما ، قال شَرِيحٌ ، ومالكٌ ، والشافعيُّ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : إنَّ انْتَقَلَ الأبُّ ، فالأُمُّ أَحَقُّ به ، وإنَّ انْتَقَلَتِ الأُمُّ إلى البَلَدِ الذي^(١١) كان فيه أَصْلُ النكاحِ ، فهي أَحَقُّ ، وإنَّ انْتَقَلَتِ إلى غيره ، فالأبُّ أَحَقُّ . وحَكِي عن أبي حنيفةَ : إنَّ انْتَقَلَتِ من بَلَدٍ إلى قريةٍ ، فالأبُّ أَحَقُّ ، وإنَّ انْتَقَلَتِ إلى بَلَدٍ آخَرَ ، فهي أَحَقُّ ؛ لأنَّ في البَلَدِ يُمَكِّنُ تَعْلِيمَهُ وتَحْرِيجَهُ . ولنا ، أَنَّهُ اخْتَلَفَ مَسْكَنُ الأَبَوَيْنِ ، فكان الأبُّ أَحَقُّ ، كما لو انْتَقَلَتِ من بَلَدٍ إلى قريةٍ ، أو إلى بَلَدٍ لم يَكُنْ فيه أَصْلُ النكاحِ ، وما ذكروه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الأبَّ في العادة هو الذي يَقُومُ بتَأْدِيْبِ ابْنِهِ وتَحْرِيجِهِ وَحِفْظِ نَسَبِهِ ، فإذا لم يَكُنْ في بَلَدِهِ ضَاعَ ، فَأَشْبَهَ ما لو كان في قَرْيَةٍ . وإنَّ انْتَقَلَ جَمِيعًا إلى بَلَدٍ واحدٍ ، فالأُمُّ^(١٢) باقية على حَضَائِثِهَا . وكذلك إنَّ أَخَذَهُ الأبُّ لِإِفْراقِ البَلَدَيْنِ ، ثم اجْتَمَعَا ، عَادَتْ إلى الأُمِّ حَضَائِثُهَا . وغيرُ الأُمِّ مَمْنٌ له الحَضَانَةُ مِنَ النِّسَاءِ ، يَقُومُ مَقَامَهَا ، وغيرُ الأبِّ من عَصَبَاتِ الوَلَدِ ، يَقُومُ مَقَامَهُ ، عند عَدَمِهِمَا ، أو كَوْنِهِمَا من غيرِ أَهْلِ الحَضَانَةِ .

١٤٠٢ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أُمٌّ ، أَوْ تَزَوَّجَتِ الأُمُّ ، فَأُمُّ الأبِّ أَحَقُّ مِنَ الْحَالَةِ)

ط ٢٠٦/٨ في هذه / المسألة فصلان :

أحدهما : أَنَّ الأُمَّ إِذَا تَزَوَّجَتِ ، سَقَطَتِ حَضَائِثُهَا . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ على هذا كُلٌّ مَنْ أَحْفَظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَضَى بِهِ شَرِيحٌ ، وهو قولُ مالِكٍ ، والشافعيُّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وحَكِي عن الحَسَنِ ، أَنَّهُ لَا تَسْقُطُ بِالتَّزْوِيجِ . وَنَقَلَ مُهْنًا عَنْ أَحْمَدَ : إِذَا تَزَوَّجَتِ الأُمُّ ، وَابْنُهَا صَغِيرٌ ، أَخَذَ مِنْهَا . قِيلَ لَهُ : فَالْجَارِيَةُ مِثْلُ الصَّبِيِّ ؟ قَالَ :

(١١) سقط من : م .

(١٢) في ١ ، م : الأُمُّ هـ .

لا ، الجانية تكون معها إلى سبع سنين . فظاهر هذا أنه لم يُزل الحضانة عن الجانية لتزويج أمها ، وأزالها عن الغلام . ووجه ذلك ما روي ، أن علياً وجعفرًا وزيد بن حارثة ، تنازعوا في حضانة ابنة حمزة ، فقال علي : ابنة عمي ، وأنا أخذتها . وقال زيد : بنت أخي ؛ لأن رسول الله ﷺ أخى بين زيد وحمزة . وقال جعفر : بنت عمي ، وعندى خالتها . فقال رسول الله ﷺ : « **الحالة أم** » . وسَلَّمَهَا إِلَى جَعْفَرٍ . رواه أبو داود^(١) بنحو هذا المعنى ، فجعل لها الحضانة وهي مُزَوَّجَةٌ . والرواية الأولى هي الصحيحة . قال ابن أبي موسى : وعليها العمل ؛ لقول رسول الله ﷺ للمرأة : « **أنت أحق به** ، ما لم تنكِحى »^(٢) . ولأنها إذا تزوجت ، اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة ، فكان الأب أحقَّ له . ولأن منافعتها تكون مملوكة لغيرها ، فأشبهت المملوكة . فأما بنت حمزة ، فإنما قضى بها لخالتها ؛ لأن زوجها من أهل الحضانة ، ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلا علي ، وقد ترجع جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة ، فكان أولى . وعلى هذا ، متى كانت المرأة مُتَزَوِّجَةً لرجل من أهل الحضانة ، كالجدَّة تكون مُتَزَوِّجَةً للجد ، لم تُسْقَطْ حضانتها ؛ لأنه يُشارِكُها في الولادة والشَّفَقَةُ على الولد ، فأشبهت الأم إذا كانت مُتَزَوِّجَةً للأب . ولو تنازع العمان في الحضانة ، وأحدهما مُتَزَوِّجٌ للأم ، أو الحالة ، فهو أحقُّ ، لحديث بنت حمزة . وكذلك كل عَصَبَتَيْنِ تساوى ، وأحدهما مُتَزَوِّجٌ بمن هي من أهل الحضانة ، قُدِّمَ بها لذلك . وظاهر قول الخرقى ، أن التزويج بأجنبي يُسْقَطُ الحضانة بمجرّد العقد ، وإن عَرِيَ عن الدخول . وهو قول الشافعي ، ويختل أن لا تُسْقَطُ إلا بالدخول . وهو قول مالك ؛ لأن به تشتغل عن الحضانة . ووجه الأول ، قول النبي ﷺ : « **أنت أحق به ما لم تنكِحى** » . وقد وجد التكاثر قبل الدخول ،

٢٠٧/٨

(١) في : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٠/١ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب كيف يكتب : هذا ما صالح فلان بن فلان ... ، من كتاب الصلح ، وفي : باب عمرة القضاء ، من كتاب المغازي . صحيح البخاري ٢٤٢/٣ ، ١٨٠/٥ .

(٢) تقدم تحريمه ، في صفحة ٤١٤ .

ولأنَّ بالعقد^(٣) يَمْلِكُ مَنَافِعَهَا ، وَيَسْتَحِقُّ زَوْجُهَا مَنَعَهَا مِنْ حَضَائِنِهَا ، فزال حَقُّهَا ، كما لو دَخَلَ بِهَا .

الفصل الثاني : أنَّ الأُمَّ إِذَا عُدِمَتْ ، أَوْ تَزَوَّجَتْ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، واجتمعت أمُّ أبٍ وخالة ، فأُمُّ الأبِ أَحَقُّ . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي في الجديد . وحكى ذلك عن مالك ، وأبي ثور . وروى عن أحمد ، أنَّ الأُخْتَ والخَالَهَ أَحَقُّ مِنَ الأبِ . فعلى هذا ، يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ الْحَالَةُ أَحَقُّ مِنْ أُمِّ الأبِ . وهو قولُ الشافعي القديم ؛ لأنَّها تُذَلِّي بِأُمِّ ، وأُمُّ الأبِ تُذَلِّي به^(٤) ، فَقَدَّمَ مَنْ يُذَلِّي بِالأُمِّ ، كَتَقْدِيمِ أُمِّ الأُمِّ عَلَى أُمِّ الأبِ ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِنَيْتِ حَمْرَةَ لِحَالَتِهَا ، وقال : « الْحَالَةُ أُمُّ » . ولنا ، أَنَّ أُمَّ الأبِ جَدَّةٌ وَارِثَةٌ ، فَقَدِمَتْ عَلَى الْحَالَةِ ، كَأُمِّ الأُمِّ ، ولأنَّ لها وَلَادَةً وَوِرَاثَةً ، فَأُشْبِهَتْ أُمُّ الأُمِّ . فأما الحديثُ ، فَيُذَلُّ عَلَى أَنَّ لِلْحَالَةِ حَقًّا فِي الْجُمْلَةِ ، وليس التَّرَاغُ فِيهِ ، إِنَّمَا التَّرَاغُ فِي التَّرْجِيحِ عِنْدَ الْجَمَاعِ . وقولهم : تُذَلِّي بِأُمِّ . قلنا : لَكِنْ لَا وَلَادَةَ لَهَا ، فَيُقَدِّمُ عَلَيْهَا مَنْ لَهُ وَلَادَةٌ ، كَتَقْدِيمِ أُمِّ الأُمِّ عَلَى الْحَالَةِ . فعلى هذا ، متى وُجِدَتْ جَدَّةٌ وَارِثَةٌ ، فَهِيَ أَوْلَى مِمَّنْ هُوَ مِنْ غَيْرِ عُمُودِي النَّسَبِ بِكُلِّ حَالٍ وَإِنْ عَلَتْ دَرَجَتُهَا ؛ لِفَضِيلَةِ الْوِلَادَةِ وَالْوِرَاثَةِ ، فَأَمَّا أُمُّ أَبِي الأُمِّ ، فَلَا حَضَانَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا تُذَلِّي بِأَبِي الأُمِّ ، وَلَا حَضَانَةَ لَهُ^(٥) ، وَلَا لِمَنْ^(٥) أَذَلَّى بِهِ .

فصل : فَإِنْ اجْتَمَعَتْ أُمُّ أُمِّ وَأُمُّ أَبِي ، فَأُمُّ الأُمِّ أَحَقُّ ، وَإِنْ عَلَتْ دَرَجَتُهَا ؛ لِأَنَّ لَهَا وَلَادَةً ، وَهِيَ تُذَلِّي بِالأُمِّ الَّتِي تُقَدِّمُ عَلَى أَبِي ، فَوَجِبَ تَقْدِيمُهَا عَلَيْهَا ، كَتَقْدِيمِ الأُمِّ عَلَى أَبِي . وعن أحمد أَنَّ أُمَّ الأبِ أَحَقُّ . وهو قياسُ قولِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدَّمَ خَالَهَ أَبِي عَلَى خَالَةِ الأُمِّ ، وَخَالَهَ أَبِي أُخْتُ أُمِّهِ ، وَخَالَهَ الأُمِّ أُخْتُ أُمِّهَا ، فَإِذَا قَدَّمَ

(٣) في ب : العقد ؛ .

(٤) سقط من : ب .

(٥) في أ ، م : من ؛ .

أُنْحَتِ أُمُّ الْأَبِ ، دَلَّ عَلَى تَقْدِيمِهَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّهَا تُدْلِي بِعَصَبَةٍ ، مَعَ مُسَاوَاتِهَا لِأُخْرَى فِي الْوِلَادَةِ ، فَوَجِبَ تَقْدِيمُهَا ، كَتَقْدِيمِ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ عَلَى الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ ، وَإِنَّمَا قُدِّمَتْ / الْأُمُّ عَلَى الْأَبِ ؛ لِأَنَّهَا أَتَتْ^(٦) تَلَى الْحَضَانَةَ بِنَفْسِهَا ، فَكَذَلِكَ أُمُّهُ ، فَإِنَّهَا أَتَتْ تَلَى بِنَفْسِهَا ، فَقُدِّمَتْ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

ط ٢٠٧/٨

١٤٠٣ - مسألة : قال : (وَالْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ أَحَقُّ مِنَ الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ ، وَأَحَقُّ مِنَ الْحَالَةِ)

وَجَمَلُهُ أَنَّهُ إِذَا عُدِمَ مَنْ يَسْتَحِقُّ الْحَضَانَةَ ، مِنَ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ وَإِنْ عُلِّزَا ، انْتَقَلَتْ إِلَى الْأُخْوَاتِ ، وَقُدِّمَ مَنْ عَلَى سَائِرِ الْقَرَابَاتِ ، كَالْخَالَاتِ وَالْعَمَّاتِ وَغَيْرِهِنَّ ؛ لِأَنَّهُنَّ شَارَكْنَ فِي النَّسَبِ ، وَقُدِّمَ مَنْ فِي الْمِيرَاثِ ، وَلِأَنَّ الْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ إِنَّمَا يُدْلِينَ بِأُخْوَةِ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ ، وَلَا مِيرَاثَ لَهُنَّ مَعَ ذِي قَرَضٍ وَلَا عَصَبَةٍ ، فَالْمُدْلِي إِلَى نَفْسِ الْمَكْفُولِ وَتَرْتَهُ ، أَقْرَبُ وَأَشْفَقُ ، فَكَانَ أَوَّلَى . وَأَوَّلَى الْأُخْوَاتِ مَنْ كَانَ لِأَبَوَيْنِ ، لِقُوَّةِ قَرَابَتِهَا ، (ثُمَّ مَنْ كَانَ لِأَبٍ)^(٧) ، ثُمَّ مَنْ كَانَ لِأُمِّ ، نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْأُخْتُ مِنَ الْأُمِّ أَوَّلَى مِنَ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ . وَهُوَ قَوْلُ الْمَرْزُوقِيِّ ، وَابْنِ سُرَيْجٍ ؛ لِأَنَّهَا أَذَلَّتْ بِالْأُمِّ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى الْمُدْلِيَةِ بِالْأَبِ ، كَأُمِّ الْأُمِّ مَعَ أُمِّ الْأَبِ . وَقَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ : تُقَدَّمُ الْحَالَةُ عَلَى الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ ؛ لِذَلِكَ . وَلِأَيِّ حَنِيفَةَ فِيهِ^(٨) رَوَايَتَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ أَقْوَى فِي الْمِيرَاثِ ، فَقُدِّمَتْ ، كَالْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، وَلَا تُخْفَى قُوَّتُهَا ، فَإِنَّهَا أُقِيمَتْ مُقَامَ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ عِنْدَ عَدَمِهَا ، وَتَكُونُ عَصَبَةً مَعَ الْبَنَاتِ ، وَتُقَاسِمُ الْجَدَّ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْإِذْلَاءِ لَا يَلْزَمُ ؛ لِأَنَّ الْأُخْتِ تُدْلِي بِنَفْسِهَا ، لِكُونِهَا مُخْلَقًا مِنْ مَاءٍ وَاحِدٍ ، وَلَهَا^(٩) تَعْصِيبٌ ، فَكَانَتْ أَوَّلَى . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٦) فِي ١ ، م : ه ؛ الش : ه .

(٧-١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣) فِي ب ، م : ه ؛ وَلَمَّا : ه .

وجعلته أنه إذا عُدِمَتِ الأمُّهات والآباء والأخوات ، انقلبت الحضانة إلى الخالات ، ويُقدَّمَن على العمَّات . نصُّ عليه أحمد . ويَحْتَمِلُ ^(١) كَلَامُ الْخِرَقِيِّ تَقْدِيمَ الْعَمَّات ؛ لِأَنَّهُ قَدَّمَ حَالَةَ الْأَبِ ، وَهِيَ أُنْثَى أُمُّهُ ، عَلَى خَالَةِ الْأُمِّ ، وَهِيَ أُنْثَى أُمُّهَا ، فَيَذُلُّ ذَلِكَ عَلَى تَقْدِيمِ قَرَابَةِ الْأَبِ عَلَى قَرَابَةِ الْأُمِّ ، وَلَأَنَّهُنَّ يُذَلِّلْنَ بَعْضُهُنَّ ، فَقَدَّمَن ، كَتَقْدِيمِ الْأُنْثَى مِنَ الْأَبِ عَلَى الْأُنْثَى مِنَ الْأُمِّ . وقال القاضي : مُرَادُ الْخِرَقِيِّ بِقَوْلِهِ : خَالَةُ الْأَبِ . أَيْ الْحَالَةُ مِنَ الْأَبِ تُقَدَّمُ عَلَى الْحَالَةِ مِنَ الْأُمِّ ، كَتَقْدِيمِ الْأُنْثَى مِنَ الْأَبِ عَلَى الْأُنْثَى مِنَ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّ الْحَالَاتِ أَخَوَاتُ الْأُمِّ ، فَيَجْرَيْنَ فِي الْأَسْتِحْقَاقِ وَالتَّقْدِيمِ فِيمَا ^(٢) بَيْنَهُنَّ مَجْرَى الْأَخَوَاتِ الْمُفْتَرِقَاتِ ، وَكَذَلِكَ الْحَكْمُ فِي الْعَمَّاتِ الْمُفْتَرِقَاتِ . فَإِنْ قُلْنَا بِتَقْدِيمِ ^(٣) / ٢٠٨/٨ الْحَالَاتِ ، فَإِذَا تَقَرَّرَ أَنَّ الْعَمَّاتَ يَعْذَهُنَّ ، وَإِنْ قُلْنَا بِتَقْدِيمِ الْعَمَّاتِ ، فَالْحَالَاتُ يَعْذَهُنَّ ، فَإِذَا عُدِمَنَ ، انقلبت إلى خالاتِ الْأَبِ ، عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخَرِ ، إِلَى خَالَاتِ الْأُمِّ . وَهَلْ يُقَدَّمُ خَالَاتُ الْأَبِ عَلَى عَمَّاتِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْحَالَاتِ وَالْعَمَّاتِ . فَأَمَّا عَمَّاتُ الْأُمِّ ، فَلَا حِصَانَةَ لَهُنَّ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُذَلِّلْنَ بِأَبِي الْأُمِّ ، وَهُوَ رَجُلٌ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، لَا حِصَانَةَ لَهُ ، وَلَا لِمَنْ أَذْلَى بِهِ .

فصل : وَلِلرَّجَالِ مِنَ الْعَصَبَاتِ مَدْخَلٌ فِي الْحِصَانَةِ ، وَأَوَّلَاهُمْ الْأَبُ ، ثُمَّ الْجَدُّ أَبُو الْأَبِ وَإِنْ عَمَلًا ، ثُمَّ الْأَخُّ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ الْأَخُّ مِنَ الْأَبِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَقَلُوا ، عَلَى تَرْتِيبِ الْمِيرَاثِ ، ثُمَّ الْعُمُومَةُ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ كَذَلِكَ ، ثُمَّ عُمُومَةُ الْأَبِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ : لَا حِصَانَةَ لغيرِ الْآبَاءِ وَالْأَجْدَادِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا مَعْرِفَةَ لَهُمْ بِالْحِصَانَةِ ، وَلَا لَهُمْ وِلَايَةٌ بِنَفْسِهِمْ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ حِصَانَةٌ ، كَالْأَجَانِبِ . وَلَنَا ،

(١) في ب : : يحمل .

(٢) في ب : : على ما .

(٣) في ب : : يتقدم .

أَنْ عَلِيًّا وَجَعْفَرًا اخْتَصَمَا فِي حَضَانَةِ ابْنَةِ حَمْزَةَ ، فَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِمَا^(٤) النَّبِيُّ ﷺ ادِّعَاءَ الْحَضَانَةِ^(٥) . وَلَئِنْ لَمْ وَلَايَةً وَتَعْصِيًّا بِالْقَرَابَةِ ، فَتَثَبَّتْ لَمْ الْحَضَانَةُ ، كَالْأَبِ وَالْجَدِّ ، وَفَارَقَ الْأَجَانِبَ ؛ فَإِنَّهُمْ لَيْسَتْ لَمْ قَرَابَةٌ وَلَا شَفَقَةٌ ، وَلَئِنْ الْأَجَانِبَ تَسَاوَرُوا فِي عَدَمِ الْقَرَابَةِ ، فَلَيْسَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ أَوْلَى بِالتَّقْدِيمِ مِنَ الْآخَرِ ، وَالْعَصَبَاتُ لَمْ قَرَابَةً يُمْتَازُونَ بِهَا ، وَأَحَقُّهُمْ بِالْحَضَانَةِ أَحَقُّهُمْ بِالْمِيرَاثِ بَعْدَ الْآبَاءِ وَالْأَجْدَادِ ، وَيَقُومُونَ مَقَامَ الْأَبِ فِي التَّخْيِيرِ لِلصَّبِيِّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأُمِّ ، أَوْ غَيْرِهَا^(٦) مِمَّنْ لَهُ الْحَضَانَةُ مِنَ النِّسَاءِ ، وَيَكُونُونَ أَحَقَّ بِالْجَارِيَةِ إِذَا بَلَغَتْ سَبْعًا ، إِلَّا ابْنَ الْعَمِّ ، فَإِنَّ الْجَارِيَةَ لَا تُسَلَّمُ إِلَيْهِ إِذَا بَلَغَتْ سَبْعًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ لَهَا .

فصل : فَأَمَّا الرِّجَالُ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، كَالْخَالَ ، وَالْأَخِ مِنَ الْأُمِّ ، وَالْأَبِ مِنَ الْأُمِّ ، وَابْنِ الْأُخْتِ ، فَلَا حَضَانَةَ لَمْ مَعَ وُجُودِ أَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ سِوَاهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِامْرَأَةٍ يَتَوَلَّى الْحَضَانَةَ ، وَلَا لَهُ قُوَّةُ قَرَابَةٍ كَالْعَصَبَاتِ ، وَلَا حَضَانَةٌ^(٧) لِمَنْ^(٨) يُذَلِّي بِهِمْ ، كَأُمِّ أَيْ الْأُمِّ ، وَابْنَةِ الْخَالَ ، وَابْنَةِ الْأَخِ مِنَ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُذَلِّلْنَ بِمَنْ لَا حَضَانَةَ لَهُ ، فَإِذَا لَمْ تَثَبَّتْ لِلْمُذَلَّى بِهِ^(٩) ، فَلِلْمُذَلِّلِينَ بِهِ أَوْلَى . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ غَيْرُهُمْ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُمُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ لَمْ رَحِمًا وَقَرَابَةً يَرْتَوُونَ بِهَا عِنْدَ عَدَمِ مَنْ هُوَ أَوْلَى مِنْهُمْ ، كَذَلِكَ الْحَضَانَةُ تَكُونُ لَمْ عِنْدَ عَدَمِ مَنْ هُوَ أَوْلَى بِهَا مِنْهُمْ . / وَالثَّانِي ، لَا حَقَّ لَمْ فِي الْحَضَانَةِ ، وَتَقِفُ الْأُمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى .

فصل : فِي بَيَانِ الْأَوَّلَى فَالْأَوَّلَى مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، عِنْدَ اجْتِمَاعِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ .

(٤) فِي ب ، م ، ن : عَلَيْهِمَا .

(٥) تَقْدِمُ تَحْرِيمِهِ ، فِي صَفْحَةِ ٤٢١ .

(٦) فِي ب ، ن : غَيْرِهَا .

(٧) فِي أ ، م ، ن : إِذَا لَا .

(٨) فِي ب ، م ، ن : مِنْ .

(٩) سَقَطَ مِنْ م .

أُولَى الْكُلِّ بِهَا الْأُمُّ ، ثُمَّ أُمُّهَاثَا وَإِنْ عَلَوْنَ ، يُقَدَّمُ مِنْهُنَّ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ ؛ لِأَنَّهُنَّ نِسَاءٌ
وَلَا ذَنْهُنَّ مُتَحَقِّقَةٌ ، فَهِيَ فِي مَعْنَى الْأُمِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ : أَنَّ أُمَّ الْأَبِ وَأُمُّهَاثَا مُقَدَّمَتَا^(١٠)
عَلَى أُمَّ الْأُمِّ . فَعَلِيَ هَذِهِ الرِّوَايَةُ ، يَكُونُ الْأَبُ أُولَى بِالْتَقْدِيمِ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُذَلِّلْنَ بِهِ ، فَيَكُونُ
الْأَبُ بَعْدَ الْأُمِّ ، ثُمَّ أُمُّهَاثَا . وَالْأُولَى هِيَ الْمَشْهُورَةُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا ، وَأَنَّ الْمُقَدَّمُ الْأُمُّ ، ثُمَّ
أُمُّهَاثَا ، ثُمَّ الْأَبُ ، ثُمَّ أُمُّهَاثَا ، ثُمَّ الْجَدُّ ، ثُمَّ أُمُّهَاثَا ، ثُمَّ جَدُّ الْأَبِ ، ثُمَّ أُمُّهَاثَا وَإِنْ كُنَّ
غَيْرَ وَارِثَاتٍ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُذَلِّلْنَ بَعْصِيَّةَ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، بِخِلَافِ أُمَّ أَبِي الْأُمِّ . وَحَكِي عَنْ
أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ؛ أَنَّ الْأُخْتُ مِنَ الْأُمِّ وَالْحَالَةَ أَحَقُّ مِنَ الْأَبِ . فَتَكُونُ الْأُخْتُ مِنَ
الْأَبَوَيْنِ أَحَقُّ مِنْهُمَا وَمِنْ جَمِيعِ الْعَصَابَاتِ . وَالْأُولَى هِيَ الْمَشْهُورَةُ فِي الْمَذْهَبِ . فَإِذَا
انْقَرَضَ الْآبَاءُ وَالْأُمُّهَاتُ ، انْتَقَلَتِ الْحَضَانَةُ إِلَى الْأُخْوَاتِ ، وَتَقَدَّمُ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ
الْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ ، ثُمَّ الْأُخْتُ مِنَ الْأُمِّ ، وَتَقَدَّمُ الْأُخْتُ عَلَى الْأَخِ ؛ لِأَنَّهَا امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِ
الْحَضَانَةِ ، فَقَدَّمَتْ عَلَى مَنْ فِي دَرَجَتَيْهَا مِنَ الرِّجَالِ ، كَالْأُمِّ تَقَدَّمُ عَلَى الْأَبِ ، وَأُمُّ الْأَبِ عَلَى أَبِي
الْأَبِ ، وَكُلُّ جَدَّةٍ فِي دَرَجَةٍ جَدُّ تَقَدَّمُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا تَلِي الْحَضَانَةَ بِنَفْسِهَا ، وَالرَّجُلُ لَا يَلِيهَا
بِنَفْسِهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ . وَالْأَوَّلُ أَوَّلُ . وَفِي تَقْدِيمِ الْأُخْتِ
مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، أَوْ مِنَ الْأَبِ عَلَى الْجَدِّ ، وَجْهَانِ . وَإِذَا لَمْ تَكُنْ أُخْتُ ، فَالْأَخُ لِلْأَبَوَيْنِ أُولَى ، ثُمَّ
الْأَخُ لِلْأَبِ ، ثُمَّ ابْنَاؤُهُمَا ، وَلَا حَضَانَةَ لِلْأَخِ لِلْأُمِّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَإِذَا عُدُّوا ، صَارَتِ الْحَضَانَةُ
لِلْخَالَاتِ ، عَلَى الصَّخِيحِ ، وَتَرْتِيبُهُنَّ فِيهَا كَتَرْتِيبِ الْأُخْوَاتِ . وَلَا حَضَانَةَ لِلْأُخْوَالِ ، فَإِذَا
عُدِمْنَ^(١١) صَارَتِ لِلْعَمَّاتِ ، وَيُقَدَّمْنَ عَلَى الْأَعْمَامِ ، كَتَقْدِيمِ الْأُخْوَاتِ عَلَى الْإِخْوَةِ ، ثُمَّ لِلْعَمِّ
لِلْأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لِلْعَمِّ لِلْأَبِ ، وَلَا حَضَانَةَ لِلْعَمِّ^(١٢) مِنَ الْأُمِّ^(١٣) ، ثُمَّ ابْنَاؤُهُمَا ، ثُمَّ إِلَى خَالَاتِ الْأَبِ ، وَلَا حَضَانَةَ
عَلَى قَوْلِ الْخُرَيْقِيِّ ، وَعَلَى الْقَوْلِ^(١٤) الْآخَرِ ، إِلَى خَالَاتِ الْأُمِّ ، ثُمَّ إِلَى عَمَّاتِ الْأَبِ ، وَلَا حَضَانَةَ

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « مُقَدَّمَتَا » .

(١١) فِي ب : « عَدِمَتْ » .

(١٢-١٣) فِي أ : « لِلْأُمِّ » .

(١٣) فِي م : « قَوْلٌ » .

لَعَمَاتِ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُذَلِّلْنَ بِأَيْ (١٤) الْأُمِّ ، وَلَا حَضَانَةَ لَهُ . وَإِنْ اجْتَمَعَ شَخْصَانِ أَوْ أَكْثَرُ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ فِي دَرَجَةٍ ، قُدِّمَ الْمُسْتَحِقُّ مِنْهُمْ بِالْفَرْعَةِ .

فصل : وإن / تَرَكِبَ الْأُمُّ الْحَضَانَةَ مَعَ اسْتِحْقَاقِهَا لَهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَنْتَقِلُ إِلَى الْأَبِّ ؛ لِأَنَّ أُمَّهَاتِهَا فَرَعٌ عَلَيْهَا فِي الْاسْتِحْقَاقِ ، فَإِذَا اسْتَقْطَبَتْ حَقَّهَا ، سَقَطَ فُرُوعُهَا . وَالثَّانِي ، تَنْتَقِلُ إِلَى أُمَّهَاتِهَا (١٥) وَهُوَ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْأَبَّ أَبْعَدُ ، فَلَا تَنْتَقِلُ الْحَضَانَةُ إِلَيْهِ مَعَ وُجُودِ أَقْرَبٍ مِنْهُ ، كَمَا لَا تَنْتَقِلُ إِلَى الْأَخْتِ ، وَكَوْنُهُنَّ فُرُوعًا (١٦) لَهَا ، لَا يُوجِبُ سَقُوطَ حُقُوقِهِنَّ بِسَقُوطِ حَقِّهَا ، كَالْوَسَقِطِ (١٧) حَقُّهَا لِكُرْنِهَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، أَوْ لِقُرُونِهَا . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي الْأَبِّ إِذَا اسْتَقْطَبَ حَقَّهُ ، هَلْ يَسْقُطُ حَقُّ أُمَّهَاتِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ كَانَتْ أَخْتُ مِنْ أَبَوَيْنِ ، وَأَخْتُ مِنْ أَبِي ، فَاسْتَقْطَبَتِ الْأَخْتَ مِنَ الْأَبَوَيْنِ حَقَّهَا ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ الْأَخْتِ مِنَ الْأَبِّ ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهَا مِنْ غَيْرِ جِهَتَيْهَا ، وَلَيْسَتْ فُرْعًا عَلَيْهَا .

١٤٠٥ - مسألة : قال : (وَإِذَا أَخَذَ الْوَلَدُ مِنَ الْأُمِّ إِذَا تَزَوَّجَتْ ، ثُمَّ طَلَّقَتْ ، رَجَعَتْ عَلَى حَقِّهَا مِنْ كِفَالَتِهِ)

وهذا قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَالْمُزَنِّيَّ قَالَا (١٨) : إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا ، لَمْ يَعُدَّ حَقُّهَا ؛ لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ (١٩) قَائِمَةٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَتْ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُطْلَقَةٌ ، فَعَادَ حَقُّهَا مِنَ الْحَضَانَةِ ، كَالْبَايِنِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا زَوْجَةٌ . قُلْنَا : لِأَنَّهُ قَدْ عَزَلَهَا عَنْ فِرَاشِهِ ، وَلَمْ يَتَّقِ لَهَا عَلَيْهِ قَسَمٌ ، وَلَا لَهَا بِهِ شُغْلٌ ، وَعُقِدَ

(١٤) ق : م : بَاب ٤ .

(١٥) ق : ١ ، ب ، م : أُمُّهَا .

(١٦) ق : م : فُرُوعُهَا ؛ عَطَا .

(١٧) ق : ب : اسْقَطَ .

(١٨) ق : م : قَالَ .

(١٩) ق : م : الزَّوْجَةُ .

سَبَبُ زَوَالِ نِكَاحِهَا ، فَأَشْبَهَتْ^(٣) الْبَائِنَ فِي عِدَّتِهَا . وَخُرُجُ عِنْدَنَا مِثْلُ قَوْلِهَا^(٤) ، لَكُونِ النِّكَاحُ قَبْلَ الدُّخُولِ مُزِيلًا لِحَقِّ الْحِضَانَةِ ، مَعَ عَدَمِ الْقَسَمِ وَالشُّغْلِ بِالزَّوْجِ .

فصل : وَكُلُّ قَرَابَةٍ تُسْتَحَقُّ بِهَا الْحِضَانَةُ ، مَنَعَ مِنْهَا مَانِعٌ ، كَرَقٍّ ، أَوْ كُفْمٍ ، أَوْ فِسْقٍ^(٥) ، أَوْ جُنُونٍ ، أَوْ صِغَرٍ ، إِذَا زَالَ الْمَانِعُ ، مِثْلُ أَنْ عَتَقَ الرِّقِيْقُ ، وَأَسْلَمَ الْكَافِرُ ، وَعَدَلَ الْفَاسِقُ ، وَعَقَلَ الْمَجْنُونُ ، وَبَلَغَ الصَّغِيرُ ، عَادَ حَقُّهُمْ مِنَ الْحِضَانَةِ ؛ لِأَنَّ سَبَبَهَا قَائِمٌ ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَتْ لِمَانِعٍ ، فَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ ، عَادَ الْحَقُّ بِالسَّبَبِ السَّابِقِ الْمَلْزَمِ ، كَالزَّوْجَةِ إِذَا طَلَّقَتْ .

١٤٠٦ - مسألة : قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَتْ الْمَرْأَةُ ، فَلَزَوْجُهَا أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْ^(٦) رِضَاعِ وَلَدِهَا ، إِلَّا أَنْ يُضْطَرَّ إِلَيْهَا ، وَيُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُّ)

وجملة ذلك أن للزوج منعه امرأته من رضاع ولدها من غيره ، ومن رضاع ولدها غيرها ، إِلَّا أَنْ يُضْطَرَّ إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ يَقْتَضِي تَمْلُكَ^(٧) الزَّوْجِ الِاسْتِمْنَاعَ فِي كُلِّ الزَّمَانِ ، مِنْ كُلِّ الْجِهَاتِ ، سِوَى أَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ ، وَالرِّضَاعُ يَقُوْثُ عَلَيْهِ الِاسْتِمْنَاعُ ٢٠٩/٨ ط / بعض الأوقات ، فكان له المنع كالخروج من منزله . فإن اضطرَّ الولد إليها^(٨) ، بَأَنَّهُ لَا تُوجَدُ مُرَضِعَةٌ سِوَاهَا ، أَوْ لَا يَقْبَلُ الْوَلَدُ الِارْتِضَاعَ مِنْ غَيْرِهَا ، وَجَبَ التَّمَكُّيْنُ مِنْ إِرْضَاعِهِ ؛ لِأَنَّهَا حَالٌ ضَرُورَةٌ ، وَحِفْظُ لِنَفْسِ وَلَدِهَا ، فَقَدَّمَ عَلَى حَقِّ الزَّوْجِ ، كَتَقْدِيمِ الْمُضْطَرِّ عَلَى الْمَالِكِ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِالْمَالِكِ مِثْلَ ضَرُورَتِهِ .

فصل : فَإِنْ أَرَادَتْ إِرْضَاعَ وَلَدِهَا مِنْهُ ، فَكَلَامُ الْخِرَقِيِّ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛

(٣) في الأصل : « غاشبه » .

(٤) في ب : « قولم » .

(٥) في أ ، ب ، م : « فسوق » .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في أ ، ب ، م : « تملك » .

(٨) سقط من : أ ، ب ، م .

أحدهما ، أن له منعه من رضاعه ؛ لعموم لفظه . وهو قول الشافعي ؛ لأنه يُخل باسْتِمَاعِهِ منها ، فأشبهه ما لو كان الولد من غيره . والثاني ، ليس له منعه ؛ فإنه قال : وإن أَرَادَتْ رَضَاعَ وَلَدِهَا بِأَجْرَةٍ مِثْلِهَا ، فهي أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهَا ، سواءَ كَانَتْ فِي حَبَالِ الزَّوْجِ أَوْ مُطْلَقَةً ، وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَالْوَلَدَاتُ لِهِنَّ رِزْقُهُنَّ وَكُسُونُهُنَّ أُولَئِهِنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ ﴾^(٤) . وهذا خبر يُرَادُّ بِهِ الْأَمْرُ^(٥) ، وهو عامٌ فِي كُلِّ الْوَلَدَةِ ، وَلَا يَصِحُّ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ حَمْلُهُ عَلَى الْمُطْلَقَاتِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ لَهُنَّ رِزْقَهُنَّ وَكُسُونَهُنَّ ، وَهَمَّ لَا يُجِيزُونَ جَعْلَ ذَلِكَ أَجْرَ الرُّضَاعِ وَلَا غَيْرِهِ . وقولنا ، فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ : إِنَّهُ يُخْلُ بِاسْتِمَاعِهِ . قلنا : وَلَكِنْ لِإِيفَاءِ حَقِّ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مُمْتَنِعًا ، كَمَا أَنَّ قَضَاءَ ذَنْبِهِ بِدَفْعِ مَالِهِ فِيهِ وَاجِبٌ ، سِيَّما إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْوَلَدِ ، فِي كَوْنِهِ مَعَ أُمِّهِ ، وَحَقُّ^(٦) الْأُمِّ فِي الْجَمْعِ^(٧) بَيْنَهَا^(٨) وَبَيْنَ وَلَدِهَا . وهذا الوجه ظاهرُ كلامِ ابنِ أبي موسى ، والأوَّلُ^(٩) ظاهرُ كلامِ القاضي أُنَى يَغْلَى .

فصل : وَإِنْ أَجَرَتِ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا لِلرُّضَاعِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ ، صَحَّ النِّكَاحُ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الزَّوْجُ فَسْخَ الْإِجَارَةِ ، وَلَا^(١٠) مَنَعَهَا مِنَ الرُّضَاعِ حَتَّى تَنْقَضِيَ الْمُدَّةُ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهَا مِلَكَتْ بِعَقْدِ سَابِقٍ عَلَى نِكَاحِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى أَمَةً مُسْتَأْجَرَةً ، أَوْ دَارًا مُشْغُولَةً . فَإِنْ نَامَ الصَّبِيُّ ، أَوْ اشْتَغَلَ بِغَيْرِهَا ، فَلِلزَّوْجِ الْاسْتِمَاعُ ، وَلَيْسَ لَوَلِيِّ الصَّبِيِّ مِنْهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَيْسَ لَهُ وَطَرُهَا إِلَّا بِرَضَى^(١١) الْوَلِيِّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَنْقُصُ اللَّبْنَ . وَلَنَا ، أَنَّ وَطَأَ الزَّوْجِ مُسْتَحَقًّا بِالْعَقْدِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِأَمْرِ مَشْكُوكٍ فِيهِ ، كَمَا لَوْ أِذِنَ الْوَلِيُّ

(٤) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٥) فِي ١ ، ب ، م ، د : أَمْرٌ .

(٦-٦) فِي الْأَصْلِ : الْجَمْعُ .

(٧) فِي النِّسْخِ : بَيْنَهَا .

(٨) فِي ١ ، ب ، م ، د : وَهِيَ .

(٩) فِي م ، د : وَلَهُ .

(١٠) فِي م : بِرِضَا .

فيه ، ولأنه يجوز له الوطء مع إذن الولي ، فجاز مع عدمه ؛ لأنه ليس للولي الإذن فيما يضر الصبي ، ويُسقط حُقوقه .

فصل : وإن أجزت المرأة المُرْجُوة نفسها للرضاع ، بإذن زوجها ، جاز ، ولزم العقد ؛ لأن الحق لهما ، ولا يخرج عنهما . وإن أجزتها بغير إذن الزوج ، لم يصح ؛ لما ٢١٠/٨ يتضمن من تفويت حق زوجها . وهذا أحد الوجهين / لأصحاب الشافعي . والآخر ، يصح ؛ لأنه تناول محلاً غير محل النكاح ، لكن للزوج فسحة ؛ لأنه يَفُوت به الاستمتاع ويَحْتَل . ولنا ، أنه عقد يَفُوت به ^(١) حق من ثبت له الحق بعقد سابق ، فلم يصح ، كإجارة المستأجر .

١٤٠٧ - مسألة : قال : (وعلى الأب أن يسترضع لولده ، إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مطلقاً ، فتكون أحق به من غيرها ، سواء كانت في جبال الزوج ، أو مطلقاً)

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أولهما : أن رضاع الولد على الأب وحده ، وليس له إجبار أمه على رضاعه ، ذريعة كانت أو شريعة ، سواء كانت في جبال الزوج أو مطلقاً . ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقةً خلافاً ، فأما إن كانت مع الزوج ، فكذلك عندنا ، وبه يقول الثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال ابن أبي ^(٢) كيلي ، والحسن ابن صالح : له إجبارها على رضاعه ^(٣) . وهو قول أبي ثور ، ورواية عن مالك ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالْوَلَدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُسِمَ الرُّضَاعَةَ ﴾ ^(٤) .

(١١) سقط من : ١ .

(١٢) سقط من : م .

(٢) ق م : رضاعها .

(٣) سورة البقرة ٢٣٣ .

والمشهور عن مالك، أنها إن كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها، لم تجبر عليه، وإن كانت ممن ترضع في العادة، أُجبرت عليه. ولنا، قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَمَسْرُوعٌ لَهُ تَحْرَى﴾ (٤). وإذا اختلفا فقد تعاسرا، ولأن الإجمار على الرضاع لا يخلو، إما أن يكون لحق الولد، أو لحق الزوج، أو لهما، لا يجوز أن يكون لحق الزوج، فإنه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها، ولا على خدمته فيما يختص به. ولا يجوز أن يكون لحق الولد، لأنه (٥) لو كان له، لزمها بعد الفرقة، ولأنه مما يلزم الوالد لولده، فلزم الأب على الخصوص، كالتفقه، أو كما بعد الفرقة. ولا يجوز أن يكون لهما؛ لأن ما لا مناسبة فيه، لا يثبت الحكم بالضميم بعضه إلى بعض، ولأنه لو كان لهما، لثبت الحكم به بعد الفرقة، والآية محمولة على حال الاتفاق وعدم التعاسر.

الفصل الثاني: أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها، فهي أحق به، سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها، وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة (٦) أو لم يجد. وقال أصحاب الشافعي: إن كانت في حبال الزوج، فلزوجهما متعها من إرضاعه؛ لأنه يفوت حق الاستمتاع / بها في بعض الأحيان، وإن استأجرها على رضاعه، لم يجز؛ لأن المنافع حق له، فلا يجوز أن يستأجر منها ما هو أو بعضه حق له. وإن أرضعت الولد، فهل لها أجر المثل؟ على وجهين. وإن كانت مطلقة، فطلبت أجر المثل، فأراد التزاعه منها ليسلمه إلى من ترضعه بأجر المثل أو أكثر، لم يكن له ذلك، وإن وجد متبرعة، أو من ترضعه بدون أجر المثل، فله التزاعه منها، في ظاهر المذهب؛ لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بلونها. وقال أبو حنيفة: إن طلبت الأجر، لم يلزم الأب (٧) بذله لها (٨)، ولا يسقط حقها من الحضانية، وتأتى المرضعة ترضعه

(٤) سورة الطلاق ٦.

(٥) في م: «فإن ذلك».

(٦) سقط من: ١.

(٧-٨) في الأصل، ب: «بذله». «صحح على أن يكون ما تقدم: «إن طلبت الأجرة».

عندها ؛ لأنه أَمَكَّنَ الجَمْعُ بينَ الحَقِّينِ ، فلم يَجُزِ الإِخْلَالُ بِأَحَدِهِمَا . ولَنَا ، على الأول ، ما تَقَدَّمَ ، وعلى جوازِ الاستِئْجارِ ، أَنَّهُ عَقْدُ إِجَارَةٍ يَجُوزُ مَعَ ^(٨) غَيْرِ الزَّوْجِ إِذَا أُذِنَ فِيهِ ، فجازَ معَ الزَّوْجِ ، كإِجَارَةِ نَفْسِهَا لِلخِطَاةِ أَوْ الخِدْمَةِ . وقولُهُمْ : إنَّ المَنَافِعَ مَمْلُوكَةٌ لَهُ . غيرُ صحيحٍ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ مَلَكَ مَنُفَعَةَ الحِصَانَةِ ، لَمَلَكَ إِجَارَتَهَا عَلَيْهَا ، ولم تُجَزْ إِجَارَةُ نَفْسِهَا لغيرِهِ بِإِذْنِهِ ، وَلَكِنَّهُ الأُجْرَةُ لَهُ ، وَإِنَّمَا ائْتَمَّتْ ^(٩) إِجَارَةُ نَفْسِهَا لِأَجْنَبِيٍّ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، لما فِيهِ مِنْ تَقْوِيَةِ الاستِئْجَارِ فِي بَعْضِ الأَوَاقِ ، ولهذا جازَتْ بِإِذْنِهِ ، وَإِذَا اسْتَأْجَرَهَا ، فَقَدْ أُذِنَ لَهَا فِي إِجَارَةِ نَفْسِهَا ، فَصَحَّ ، كما يَصِحُّ مِنَ الأَجْنَبِيِّ . وأما الدَّلِيلُ على جُوبِ تَقْدِيمِ الأُمِّ ، إِذَا طَلَبَتْ أَجْرَ مِثْلِهَا ، على المُتَبَرِّعَةِ ، فقوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الْكُرْضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقوله سبحانه : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْكَبْنَهُنَّ ﴾ ^(١٠) . ولأنَّ الأُمَّ أَخْتَى وَأَشْفَقُ ، وَلَبَنَتُهَا أَمْرًا مِنْ لَبَنِ غَيْرِهَا ، فَكَانَتْ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهَا ، كما لو طَلَبَتْ الأَجْنَبِيَّةُ رِضَاعَهُ بِأَجْرِ مِثْلِهَا ، وَلَآنَ فِي رِضَاعِ غَيْرِهَا تَقْوِيَةٌ لِحَقِّ الأُمِّ مِنَ الحِصَانَةِ ، وإِضْرَارٌ بِالوَلَدِ ، ولا ^(١١) يَجُوزُ تَقْوِيَةُ حَقِّ الحِصَانَةِ الْوَاجِبِ ، والإِضْرَارُ بِالوَلَدِ لِعَرَضِ إسْقَاطِ ^(١٢) حَقِّ أَوْجِبَهُ اللهُ تعالى على الأَبِ . وقولُ أُنَى حَنِيفَةٌ يُفْضَى إِلَى تَقْوِيَةِ حَقِّ الْوَلَدِ مِنْ لَبَنِ أُمِّهِ ، وَتَقْوِيَةِ [حَقِّ] الأُمِّ فِي إِرْضَاعِهِ لَبَنَتُهَا ، فلم يَجُزْ ذَلِكَ ، كما لو تَبَرَّعَتْ بِرِضَاعِهِ . فَأَمَّا إِنْ طَلَبَتْ الأُمُّ أَكْثَرَ مِنْ أَجْرِ مِثْلِهَا ، وَوَجَدَ الأَبُ مَنْ تُرْضِعُهُ بِأَجْرِ مِثْلِهَا ، أَوْ مُتَبَرِّعَةً ، جازَ انْتِزَاعُهُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهَا اسْقَطَتْ حَقَّهَا بِاشْتِطَاطِهَا ، / وَطَلَبِهَا مَا لَيْسَ لَهَا ، فَذَخَلَتْ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ : ﴿ فَتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى ﴾ . وإنْ لم يَجِدْ

و ٢١١/٨

(٨) م : ٥ : م .

(٩) في الأصل ، ب : ٥ : امتنع .

(١٠) سورة الطلاق ٦ .

(١١) سقطت الواو من : ١ : م .

(١٢) سقط من : الأصل .

مَرْضَعَةً^(١٣) إِلَّا بِمِثْلِ تِلْكَ الْأَجْرَةِ ، فَالْأُمُّ أَحَقُّ ، لِأَنَّهُمَا تَسَاوَتَا فِي الْأَجْرِ ، فَكَانَتِ الْأُمُّ أَحَقُّ ، كَمَا لَوْ طَلَبْتَ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَجْرَ مِثْلِهَا .

فصل : وَإِنْ طَلَبْتَ ذَاتَ الزَّوْجِ الْأَجْنَبِيَّ لِإِرْضَاعٍ وَلَدَهَا ، بِأَجْرَةِ مِثْلِهَا ، بِإِذْنِ زَوْجِهَا ، ثَبَّتَ حَقُّهَا ، وَكَانَتْ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهَا ، لِأَنَّ الْأُمَّ إِنَّمَا مُنِعَتْ مِنَ الْإِرْضَاعِ لِحَقِّ الزَّوْجِ ، فَإِذَا أُذِنَ فِيهِ ، زَالَ الْمَانِعُ ، فَصَارَتْ كغَيْرِ ذَاتِ الزَّوْجِ ، وَإِنْ مَنَعَهَا الزَّوْجُ ، سَقَطَ حَقُّهَا ، لِتَعَذُّرِ وُصُولِهَا إِلَى ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ أَرْضَعَتِ الْمَرْأَةُ وَلَدَهَا ، وَهِيَ فِي حَيْضٍ وَلِلدَّهِ ، فَاحْتَاجَتْ إِلَى زِيَادَةِ تَفَقُّهِ ، لِزَيَادَةِ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(١٤) . وَلِأَنَّهَا تَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ قَدْرَ كِفَايَتِهَا ، فَإِذَا زَادَتْ حَاجَتُهَا ، زَادَتْ كِفَايَتُهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١٣) لى ب : ٥ من يرضعه ٤ .

(١٤) سورة البقرة ٢٣٣ .

باب نفقة المملوك

١٤٠٨ - مسألة : قال أبو القاسم : (وعلى ملاك المملوكين أن يتفقوا عليهم ويكسوهم بالمعروف)

وجملة ذلك أن نفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والإجماع ؛ أما السنة ، فما روى أبو ذر ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « إخوانكم حولكم ، جعلهم الله تحت أيديكم ، فمن كان أخوه تحت يده ، فليطعمه مما يأكل ، وليلبسه مما يلبس ، ولا تكلفوهم ما يغلبهم ، فإن كلفتموهم فأعينوهم عليه » . متفق عليه ^(١) . وروى أبو هريرة ، أن النبي ﷺ ، قال : « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق » . رواه الشافعي ، في « مسنده » ^(٢) . وأجمع العلماء على

(١) في الأصل زيادة : « له » .

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب المعاصي من أمر الجاهلية ولا يكفر صاحبها بارتكابها إلا بالشرك ، من كتاب الإيمان . وفي : باب قول النبي ﷺ : « العبد إخوانكم فاطعموهم مما تأكلون » ، من كتاب العتق . وفي : باب ما ينهى من السباب واللعن ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ١٤/١ ، ١٩٥/٣ ، ١٩/٨ . ومسلم ، في : باب إطعام المملوك مما يأكل والباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١٢٨٣/٣ ، ١٣٨٢ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في حق المملوك ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٦٣٢/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الإحسان إلى الخدم ، من أبواب البر والصلة . عارضة الأحوذى ١٢٦/٨ . وابن ماجه ، في : باب الإحسان إلى المملوك ، من كتاب الأدب . سنن ابن ماجه ١٢١٦/٢ ، ١٢١٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٦١/٥ .

(٤) انظر : الباب الأول فيما جاء في العتق وحق المملوك ، من كتاب العتق . ترتيب المسند ٦٦/٢ . كما أخرجه مسلم ، في : باب إطعام المملوك مما يأكل والباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١٢٨٤/٣ . والإمام مالك ، في : باب الأمر بالرفق بالمملوك ، من كتاب الاستئذان . الموطأ ٩٨٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٤٧/٢ ، ٣٤٢ .

وَجُوبِ نَفَقَةِ الْمَمْلُوكِ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَلَآئِهِ لِابْتَدُلَهُ مِنْ نَفَقَةٍ ، وَمَنَافِعِهِ لِسَيِّدِهِ ، وَهُوَ أَحْصَى النَّاسَ بِهِ ، فَوَجَبَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ ، كَبَهْمَتِهِ . وَالوَاجِبُ مِنْ ذَلِكَ قَدْرُ كِفَايَتِهِ مِنْ غَالِبِ قُوَّةِ الْبَلَدِ ، سَوَاءً كَانَ قُوَّةَ سَيِّدِهِ ، أَوْ دُونَهُ ، أَوْ فَوْقَهُ ، وَأَدَمَ مِثْلُهُ بِالْمَعْرُوفِ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكُسُوتُهُ بِالْمَعْرُوفِ » . وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يُطْعِمَهُ مِنْ جَنْبِ طَعَامِهِ ؛ لِقَوْلِهِ : « فَلْيُطْعِمْنَاهُ مِمَّا يَأْكُلُ » . فَجَمَعْنَا بَيْنَ الْخَبَرَيْنِ ، وَحَمَلْنَا خَبَرَ أَمْرِ هُرَيْرَةَ عَلَى الْإِجْزَاءِ ، وَحَدِيثَ ^(٥) أَمْرٍ عَلَى الْاسْتِحْبَابِ . / وَالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَجْعَلَ نَفَقَتَهُ مِنْ كَسْبِهِ ، إِنْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ ، وَبَيْنَ أَنْ يَتَّفِقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ وَيَأْخُذَ كَسْبَهُ ، أَوْ يَجْعَلَهُ بِرِسْمِ خِدْمَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ مَالُهُ ، فَإِنْ جَعَلَ نَفَقَتَهُ فِي كَسْبِهِ ، فَكَانَتْ وَفْقَ الْكَسْبِ ، صَرْفَهُ إِلَيْهَا ، وَإِنْ فَضَّلَ مِنَ الْكَسْبِ شَيْءً ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ عَوَزٌ ، فَعَلَى سَيِّدِهِ تَمَامُهَا . وَأَمَّا الْكُسُوتُ فَبِالْمَعْرُوفِ مِنْ غَالِبِ الْكُسُوتِ لِأَمثالِ الْعَبْدِ ، فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ بِهِ ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُلْبِسَهُ مِنْ لِبَاسِهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « وَلْيُلْبِسْنَاهُ مِمَّا يَلْبَسُ » . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُسَاوِيَ بَيْنَ عِبِيدِهِ الذُّكُورِ فِي الْكُسُوتِ وَالْإِطْعَامِ ، وَبَيْنَ إِمَائِهِ إِنْ كُنْ لِلْخِدْمَةِ أَوْ الْاسْتِمْتَاعِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ هُوَ لِلْخِدْمَةِ ، وَفِيهِمْ مَنْ هُوَ لِلْاسْتِمْتَاعِ ، فَلَا بَأْسَ بِزِيَادَةِ مَنْ يُرِيدُهَا لِلْاسْتِمْتَاعِ ^(٦) فِي الْكُسُوتِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمُ الْعُرْفِ ، وَلِأَنَّ غَرَضَهُ تَجْمِيلُ مَنْ يُرِيدُهَا لِلْاسْتِمْتَاعِ ^(٧) ، بِخِلَافِ الْخَادِمَةِ ^(٨) .

فصل : إِذَا تَوَلَّى أَحَدُهُمْ طَعَامَهُ ، اسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُجْلِسَ مَعَهُ ، فَيَأْكُلُ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، اسْتَحَبُّ أَنْ يُطْعِمَهُ مِنْهُ ، وَلَوْ لُقْمَةً أَوْ لُقْمَتَيْنِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِذَا كَفَى أَحَدُكُمْ خَادِمَهُ طَعَامَهُ ^(٩) ، حَرَّةً وَدُخَانَةً ، فَلْيَدْعُهُ ، وَلْيُجْلِسْهُ مَعَهُ ^(١٠) ،

(٥) في ١ ، ب ، م زيادة : « غير » .

(٦-٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقط من : م .

فإن أُمي ، فليُرَوِّغْ لَهُ اللَّقْمَةَ وَاللَّقْمَتَيْنِ ۚ . رواه البخاري^(١) . ومعنى ترويع اللقمة ، غمسها في المرق والدسم ، وترويتها بذلك ، ويندفعها^(٢) إليه . ولأنه يشتبهه لحضوره فيه ، وتوَّليهِ إياه ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ ﴾^(٣) . الآية^(٤) ، ولأنَّ نفسَ الحاضر تثوق ما لا تثوق نفس الغائب .

فصل : ولا يجوز أن يكلفه من العمل ما لا يطيق ، وهو ما يشقُّ عليه ، ويُقرب من العجز عنه ؛ لحديث أبي ذر ، ولأنَّ ذلك يضرُّ به ويؤذيه ، وهو ممنوعٌ من الإضرار به .

فصل : ولا يُجبرُ المملوكُ على المُخارجة ، ومعناه أن يضربَ عليه خراجاً معلوماً يؤدِّيه ، وما فضِّلَ للعبدُ لأنَّ ذلك عقدٌ بينهما ، فلا يُجبرُ عليه ، كالكتابة . وإن طلبَ العبدُ ذلك ، وأباه السيد^(٥) ، لم يُجبرَ عليه أيضاً ؛^(٦) لما ذكرنا^(٧) . فإن اتَّفقا على ذلك ،

(٩) في : باب الأكل مع الخادم ، من كتاب الأطعمة . صحيح البخاري ١٠٦/٧ .
كما أخرجه مسلم ، في : باب إطعام المملوك مما يأكل والباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في الخادم يأكل مع المولى ، من كتاب الأطعمة . سنن أبي داود ٣٢٨/٢ ، ٣٢٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الأكل مع المملوك والعيال ، من أبواب الأطعمة . عارضة الأحوذى ٤٤/٨ . وابن ماجه ، في : باب إذا أتاه خادمه ببطنامه فليتناوله منه ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ١٠٩٤/٢ . والدارمي ، في : باب في إكرام الخادم عند الطعام ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمي ١٠٧/٢ . وإلتهام أحمد ، في : المسند ٢٤٥/٢ ، ٢٥٩ ، ٢٧٧ ، ٢٨٣ ، ٢٩٩ ، ٣١٦ ، ٤٠٦ ، ٤٠٩ ، ٤٣٠ ، ٤٦٤ ، ٤٧٣ . وعزاه السيوطي إلى ابن عساکر في : جمع الجوامع ٨٦/١ .
وأقرب ألفاظ إلى ما أورده ابن قدامة ما جاء في المسند ٢٤٥/٢ ، ٢٩٩ ، وجمع الجوامع .

(١٠) في ب : ٥ : ودفعها .

(١١) سورة النساء ٨ .

(١٢) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٣-١٣) سقط من : ١ ، م .

(١٤) سقط من : ١ ، م .

(١٥-١٥) سقط من : ب ، م .

جاء : لما روى أن أبا ظبية حَجَمَ النَّبِيَّ ﷺ ، فأعطاه أجزءه ، وأمر مواله أن يُخَفِّفُوا عنه من خراجِه^(١٦) . وكان كثير من الصحابة يَضْرِبُونَ على رِقَبِهِمْ خَرَجًا ، فرَوَى أن الزُّبَيْرَ / كان له أَلْفُ مَمْلُوكٍ ، على كُلِّ واحدٍ منهم كُلُّ يَوْمٍ دِرْهَمٌ^(١٧) . وجاء أبو لؤلؤة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ، فسأله أن يسأل المُغِيرَةَ بن شُعْبَةَ يُخَفِّفَ عنه من خراجِه^(١٨) . ثم يَنْتَظِرُ ، فإن كان ذاكَسِبَ ، فجعل^(١٩) عليه بِقَدَرٍ ما يُفَضِّلُ من كَسْبِه عن نَفَقَتِه وخراجِه شيء ، جاز ، فإن لهما به نَفْعًا ، فإن العَبْدَ يَحْرِصُ على الكَسْبِ ، ورُبما فَضَّلَ معه شيء يزيده في نَفَقَتِه ، ويتسَّع به . وإن وَضَعَ عليه أَكْثَرَ من كَسْبِه بعد نَفَقَتِه ، لم يَجْزُ . وكذلك إن كَلَّفَ مَنْ لا كَسْبَ له^(٢٠) المُخَارِجَةَ ، لم يَجْزُ ؛ لما روى عن عثمان ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أَنَّهُ قال : لا تُكَلِّفُوا الصَّغِيرَ الكَسْبَ ، فإنكم متى كَلَفْتُمُوهُ^(٢١) الكَسْبَ سَرَقَ ، ولا تُكَلِّفُوا المَرَأَةَ غَيْرَ ذَاتِ الصَّنِيعَةِ الكَسْبَ ، فإنكم متى كَلَفْتُمُوهَا الكَسْبَ كَسَبَتْ بِفَرْجِهَا^(٢٢) ، ولأنَّه متى كَلَّفَ غَيْرَ ذِي الكَسْبِ خَرَجًا ، كَلَّفَهُ ما يَغْلِبُهُ ، وقد قال النَّبِيُّ ﷺ : « لا تُكَلِّفُوهُمْ ما يَغْلِبُهُمْ » . ورُبما حَمَلَهُ ذلك على أن يَأْتِيَ به من غير وَجْهِه ، فلم يَكُنْ لِلسَّيِّدِ أَخْذُهُ .

فصل : وإذا مَرَضَ المَمْلُوكُ ، أو زَمِنَ ، أو عَمِيَ ، أو انْقَطَعَ كَسْبُهُ ، فعلى سَيِّدِهِ الْقِيَامُ بِهِ ، وإِلَّا نَفَاقَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ تَجِبُ بِالْمَلِكِ ، ولهذا تَجِبُ مع الصَّغِيرِ ، وَالْمَلِكُ باقٍ

(١٦) تقدم تحريمه ، في : ١٣٢/٨ .

(١٧) انظر : حلية الأولياء ٩٠/١ .

(١٨) انظر : المظاہرات الكبرى ، لابن سعد ٣٤٥/٣ ، ٣٤٧ .

(١٩) في ب ، م : « فيجعل » .

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) في م : « تكلفوه » .

(٢٢) أخرجه الإمام مالك ، في : باب الأمر بالرفق بالمملوك ، من كتاب الاستئذان . الموطأ ٩٨١/٢ . والبيهقي ،

في : باب ما جاء في النهي عن كسب الأمة إذا لم تكن في عمل واصل ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٩/٨ .

مع العَمَى والزَّمانَةِ ، فَتَجِبُ نَفَقَتُهُ مَعَهَا^(٢٣) ، مع عموم التَّصْوَصِ المذكورة في أوَّل الباب .

١٤٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَأَنْ يُزَوِّجَ الْمَمْلُوكَ إِذَا اخْتَجَّ إِلَى ذَلِكَ)

وجملة ذلك أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ إِعْصَافُ مَمْلُوكِهِ ، إِذَا طَلَّبَ ذَلِكَ . وهو أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ مِمَّا تَقُومُ بِهِ الْبَيْتَةُ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، كإِطْعَامِ الْحُلُوءِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَالْكُفْرَ وَالْأَيْمَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾^(١) . وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ ، وَلَا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ الطَّلَبِ . وَرَوَى^(٢) عِكْرَمَةُ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : مَنْ كَانَتْ لَهُ جَارِيَةٌ ، فَلَمْ يُزَوِّجْهَا ، وَلَمْ يُصْنَعْ ، أَوْ عَبْدٌ فَلَمْ يُزَوِّجْهُ ، فَمَا صَنَعَا مِنْ شَيْءٍ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ . وَلَوْلَا وَجُوبُ إِعْصَافِهِمَا لَمَا لَحِقَ السَّيِّدُ الْإِثْمُ بِفَعْلِهِمَا ، وَلَئِنَّهُ مُكَلَّفٌ ، مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، دَعَا إِلَى ط ٢١٢/٨ تَزْوِيجِهِ ، فَلَزِمَتْهُ إِجَابَتُهُ ، كَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ / لِلسَّفْهِ ، وَلِأَنَّ النِّكَاحَ مِمَّا تُدْعَوُ إِلَيْهِ الْحَاجَةُ غَالِبًا ، وَيَضُرُّ^(٣) بِفَوَاتِهِ ، فَأُجْبِرَ عَلَيْهِ ، كَالنَّفَقَةِ ، بِخِلَافِ الْحُلُوءِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ تَزْوِيجِهِ ، أَوْ تَمْلِيكِهِ أُمَّةً يَتَسَرَّاهَا . وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ^(٤) أُمَّتَهُ ؛ لِأَنَّ نِكَاحَ الْأُمَّةِ مُبَاحٌ لِلْعَبْدِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ . وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ تَزْوِيجُهُ إِلَّا "عِنْدَ طَلَبِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَخْتَلِفُ النَّاسُ فِيهِ ، وَفِي الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، وَلَا تُعْلَمُ حَاجَتُهُ إِلَّا بِطَلَبِهِ . وَلَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهُ إِلَّا بِاخْتِيَارِهِ ، فَإِنَّ إِجْبَارَ الْعَبْدِ الْكَبِيرِ عَلَى النِّكَاحِ غَيْرُ جَائِزٍ . فَأَمَّا الْأُمَّةُ ، فَالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ تَزْوِيجِهَا إِذَا طَلَبَتْ ذَلِكَ ، وَبَيْنَ أَنْ يَسْتَمْتَعَ بِهَا ، فَيُعْنِيهَا بِاسْتِمْتَاعِهِ عَنْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ قَضَاءَ الْحَاجَةِ ، وَإِزَالَةَ ضَرَرِ الشَّهْوَةِ ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِأَحَدِهِمَا ، فَلَمْ يَقَعَنَّ أَحَدُهُمَا .

(٢٣) سقط من : ب ، م .

(١) سورة النور ٣٢ .

(٢) في ١ ، ب ، م زيادة : عن ٤ .

(٣) في ب : أو يضُرُّ .

(٤) - ٤) سقط من : م .

١٤١٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ امْتَنَعَ ، أُجْبِرَ عَلَى تَيْعِهِ إِذَا طَلَبَ الْمَمْلُوكُ ذَلِكَ)

وجملته أن السيد إذا امتنع مما يجب للعبد عليه ، من نفقة أو كسوة أو تزويج ، فطلب العبد التَّيْعَ ، أُجْبِرَ سَيِّدُهُ عليه ، ^(١) «سواء كان امتناع ^(٢) السيد من ذلك لعجزه عنه أو مع قدرته عليه ^(٣) ؛ لأن بقاء ملكه عليه مع الإخلال ^(٤) بسدّ حلاله إضرار به ، وإزالة الضرر ^(٥) واجبة ، فوجِبَتْ ^(٦) إزالته ، ولذلك أبخنا للمرأة فسُخِّ النكاح عند عجز زوجها عن الإنفاق عليها . وقد رُوِيَ في بعض الحديث ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : «عَبْدُكَ يَقُولُ : أَطْعِمْنِي وَالْأَفِغْنِي . وَأَمْرُائِكَ تَقُولُ : أَطْعِمْنِي أَوْ طَلِّقْنِي ^(٧) » . وهذا يدلُّ بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده ، فطلب العبد تَيْعَهُ ، لم يُجْبِرِ السيد عليه . وقد نصَّ عليه أحمد ، قال أبو داود : قيل لأبي عبيد الله ، رَحِمَهُ اللهُ : استَبَاعَتِ الْمَمْلُوكَةُ ، وَهُوَ يَكْسُوها مِمَّا يَلْبَسُ ، وَيُطْعِمُها مِمَّا يَأْكُلُ . قال : لا تَبَاعُ ، وَإِنْ أَكْثَرَتْ مِنْ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ تَحْتَاجَ إِلَى زَوْجٍ ، فَتَقُولَ : زَوِّجْنِي . وقال عطاء ، وإسحاق ، في العبد يُحْسِنُ إِلَيْهِ سَيِّدُهُ ، وَهُوَ يَسْتَتِيعُ : لا تَيْعُهُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لِلْسَيِّدِ ، وَالْحَقُّ لَهُ ، فَلَا يُجْبِرُ عَلَى إزالته من غير ضرر ^(٨) بالعبد ، كما لا يُجْبِرُ عَلَى طلاق زَوْجَتِهِ مع القيام بما يجب لها / ، ولا على تَيْعِ بَهِيمَتِهِ مع الإنفاق عليها .

٢١٣/٨

١٤١١ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ عَلَيْهِ نَفَقَةُ مُكَائِبِهِ ، إِلَّا أَنْ يَعْجِزَ)

لا خلاف في أن المكاتب لا تلزم سيده نفقة ؛ لأن الكتابة عقد أوجب ملك

(١-٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : الضر .

(٥) في الأصل ، ب : فوجب .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب وجوب النفقة على الأهل والعيال ، من كتاب النفقات . صحيح البخاري ٨١/٧ .

والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٢٥٢ ، ٥٢٤ ، ٥٢٧ .

(٧) في م : ضر .

المُكائِبِ إِكْسَابَ نَفْسِهِ وَمَنَافِعَهُ ، وَمَنَعَ السَّيِّدَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِمَا ، فَلَا يُمْلِكُ اسْتِخْدَامَهُ ، وَلَا إِجَارَتَهُ ، وَلَا إِعَارَتَهُ ، وَلَا أَخَذَ كَسْبِهِ ، وَلَا أَرْضَ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، وَلَا يُلْزَمُهُ أَداءُ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ، فَسَقَطَتْ نَفَقَتُهُ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ ، فَإِذَا عَجَزَ ، عَادَ رَقِيقًا قِتًا ، وَعَادَ إِلَيْهِ مِلْكُ نَفْعِهِ ^(١) ، وَأَكْسَابُهُ ، فَعَادَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ بَعْدَ بَيْعِهِ .

١٤١٢ - مسألة : قال : (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرْضِعَ الْأُمَّةَ لِغَيْرِ وَلَدِهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهَا فَضْلٌ عَنْ رِيَّةٍ)

أَمَّا إِذَا أَرَادَ اسْتِرضاعَ أُمَّتِهِ لِغَيْرِ وَلَدِهَا ، مَعَ كَوْنِهِ لَا يَفْضُلُ عَنْهُ ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بَوْلَدِهَا ؛ لِتَقْصِيهِ مِنْ كِفَايَتِهِ ، وَصَرَفَ اللَّبَنَ الْمَخْلُوقَ لَوَلَدِهَا إِلَى غَيْرِهِ ، مَعَ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ أَرَادَ أَنْ يَنْقُصَ الْكَبِيرَ مِنْ كِفَايَتِهِ وَمُؤْتِيَتِهِ . فَإِنْ كَانَ فِيهَا فَضْلٌ عَنْ رِيٍّ وَلَدِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ ، وَقَدْ اسْتَعْنَى عَنْهُ الْوَلَدُ ، فَكَانَ لَهُ اسْتِيفَاؤُهُ ، كَالْفَاضِلِ مِنْ كَسْبِهَا عَنْ مُؤْتِيَتِهَا ، أَوْ كَمَا ^(٢) لَوْ مَاتَ وَلَدُهَا ، وَبَقِيَ لَبَنُهَا .

١٤١٣ - مسألة : قال : (وَإِذَا رَهِنَ الْمَمْلُوكُ ، أُلْفِقَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ)

وَذَلِكَ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ، لَهُ غَنَمُهُ ، وَعَلَيْهِ غَرْمُهُ » ^(٣) . وَنَفَقَتُهُ مِنْ غَرْمِهِ . وَلَئِنْ مَلَكَ لِلرَّاهِنِ ^(٤) ، وَمَاوَاهُ لَهُ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، كَغَيْرِ الرَّهْنِ . وَقَدْ ذَكَرْتُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي بَابِ الرَّهْنِ ^(٥) .

١٤١٤ - مسألة : قال : (وَإِذَا أَبَى الْعَبْدُ ، فَلَمَنْ جَاءَ بِهِ إِلَى سَيِّدِهِ مَا أُلْفِقَ عَلَيْهِ)

(١) فِي الْأَصْلِ : « نَفْسُهُ » .

(٢) فِي ب ، م ، د : « وَكَأَنَّ » .

(٣) سَقَطَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ ب .

(٤) تَقْدِيمُ تَحْرِيمِهِ ، فِي ٥١١/٦ .

(٥) فِي م : « الرَّاهِنِ » .

(٦) تَقْدِيمُ فِي ٥١٠/٦ ، ٥١١ .

إنما كان كذلك ؛ لأن نفقة العبد على سيده ، وقد قام الذى جاء به مقام سيده فى أداء^(١) الواجب عليه ، فرجع به عليه ، كما لو أذن له . وقال الشافعى : لا يرجع بشيء ؛ لأنه متبرع بإنفاق لم يجب عليه . ولنا ، / أنه أدى عنه ما وجب عليه عند تعذر أدائه منه ، فرجع به عليه ، كما لو أدى الحاكم عن الممتنع من الإنفاق على امرأته ما يجب عليه من النفقة . ويخرج أن لا يرجع بشيء ، بناء على الرواية الأخرى ، فى من ألق على الرهن الذى عنده ، أو الوديعة ، أو الجمال إذا هرب الجمال وتركها مع المستأجر .

فصل : وله تأديب عبده وأمه إذا أذنب ، بالتوبيخ ، والضرب الخفيف ، كما يؤدب ولده ، وأمراته فى الشؤز ، وليس له ضربه على غير ذنب ، ولا ضربه ضرباً مبرحاً وإن أذنب ، ولا لطمه فى وجهه ، وقد روى عن ابن مقرن المزنى ، قال : لقد رأيتنى سبع سبعة ، ليس لنا إلا خادم واحد ، فلطمها أحدنا ، فأمرنا رسول الله ﷺ بإعتاقها ، فأعتقناها^(٢) . وروى عن أبى مسعود ، قال : كنت أضرب غلاماً لى ، فإذا رجُل من خلفى يقول : « اعلم أبى مسعود ، اعلم أبى مسعود » . فالتفت ، فإذا النبی ﷺ يقول : « اعلم أبى مسعود ، أن الله أقدر عليك منك على هذا العالم »^(٣) .

فصل : ومن ملك بهيمة ، لزمه القيام بها ، والإنفاق عليها ما تحتاج إليه ، من غلفها ، أو إقامة من يرعاها ، لما روى ابن عمر ، أن النبی ﷺ قال : « عذبت امرأة فى هرة حبستها ، حتى مائت جوعاً ، فلا هى أطمعتها ، ولا هى أرسلتها تأكل من

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب صحة المالك وكفارة من لطم عبده ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٠/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى حق المملوك ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٦٣٤/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يلعطم خادمه ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٢٧/٧ . وإمام أحمد ، فى : المسند ٤٤٤/٥ ، ٤٤٧/٣ .

(٣) أخرجه مسلم ، فى : باب صحة المالك وكفارة من لطم عبده ، من كتاب الأيمان صحيح مسلم ١٢٨٠/٣ ، ١٢٨١ . وأبو داود ، فى : باب فى حق المملوك ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٦٣٣/٢ . والترمذى ، فى : باب النبى عن ضرب الخدم ، من أبواب البر والصلة . عارضة الأحوذى ١٢٩/٨ . وإمام أحمد ، فى : المسند ١٢٠/٤ .

(٤) سقط من : ا ، ب ، م .

حَشَاشِ الْأَرْضِ^(٥) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . فَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، أُجْبِرَ عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنْ أَبَى أَوْ عَجَزَ ، أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِهَا ، أَوْ ذَبْحِهَا إِنْ كَانَتْ مِمَّا يَذْبَحُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُجْبِرُهُ السُّلْطَانُ ، بَلْ يَأْمُرُهُ^(٧) ، كَمَا يَأْمُرُهُ بِالْمَعْرُوفِ ، وَيَنْهَاهُ عَنِ الْمُنْكَرِ ؛ لِأَنَّ الْبَهِيمَةَ لَا يَثْبُتُ لَهَا حَقٌّ مِنْ جِهَةِ الْحُكْمِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا تُصَحُّ مِنْهَا الْخُصُومَةُ ، وَلَا يُنْصَبُ عَنْهَا^(٨) خَصْمٌ ، فَصَارَتْ كَالزَّرْعِ وَالشَّجَرِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا تَفْقَهُ حَيَوَانَ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ ، فَكَانَ لِلسُّلْطَانِ لِإِجْبَارِهِ عَلَيْهَا ، كَتَفْقَةِ الْعَبِيدِ ، وَيُفَارِقُ تَفْقَةَ الشَّجَرِ وَالزَّرْعِ ، فَإِنَّهَا لَا تُعِيبُ . فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِنْفَاقِ ، وَامْتَنَعَ مِنَ الْبَيْعِ ، يَبْعَثُ عَلَيْهِ ، كَمَا يُبَاعُ الْعَبْدُ إِذَا طَلَبَ الْبَيْعُ / عِنْدَ إِعْسَارِ سَيِّدِهِ بِتَفَقُّهِ ، وَكَأَنَّهُ يَفْسَخُ^(٩) نِكَاحَهُ إِذَا أَعْسَرَ بِتَفْقَةِ أَمْرَاتِهِ . وَإِنْ عَطِيبَتِ الْبَهِيمَةُ فَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يُؤْكَلُ ، تُحِيرُ بَيْنَ ذَبْحِهَا وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُؤْكَلُ ، أُجْبِرَ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، كَالْعَبْدِ الزَّامِنِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِيمَا مَضَى . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُحْمَلَ الْبَهِيمَةُ مَا لَا يُطْلِقُ ؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الْعَبْدِ ، وَقَدْ مَنَعَ النَّبِيُّ ﷺ تَكْلِيفَ الْعَبْدِ مَا لَا يُطْلِقُ^(١٠) . وَلِأَنَّ فِيهِ تَعْدِيًّا لِلْحَيَوَانِ الَّذِي لَهُ حُرْمَةٌ فِي نَفْسِهِ ، وَإِضْرَارًا بِهِ ، وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ . وَلَا يَحْلُبُ مِنْ لَبَنِهَا إِلَّا مَا يَفْضَلُ عَنْ كِفَايَةِ وَلَدِهَا ؛ لِأَنَّ كِفَايَتَهُ وَاجِبَةٌ عَلَى مَالِكِهِ ، وَلَبْنُ أُمِّهِ مَخْلُوقٌ لَهُ ، فَأَشْبَهَ وَلَدَ الْأُمَةِ .

(٥) حَشَاشِ الْأَرْضِ : هَوَامِهَا وَحَشَرَاتِهَا .

(٦) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ حَدِيثِ أَبِي الْيَمَانِ أُعِيرْنَا شَعِيبَ ، مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢١٥/٤ .

وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ تَعْلِيبِ الْمَرَّةِ وَغَوَاها مِنَ الْحَيَوَانِ الَّذِي لَا يُذَى ، مِنْ كِتَابِ الْبِرِّ وَالصَّلَةِ وَالْأَدَابِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٢٠٢٢/٤ ، ٢٠٢٣ .

كَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٥٩/٢ ، ١٨٨ .

(٧) فِي ب ، م ، ن : زَادَ : ه ه ه .

(٨) فِي أ ، ب ، م ، ن : عَلَيْهَا ه .

(٩) فِي م : يَفْسَخُ ه .

(١٠) تَقْدِيمُ تَحْرِيمِهِ ، فِي صَفْحَةِ ٤٣٤ .

يعنى كتاب الجنایات ، وإنما عبّر عنها بالجراح لعلّية وقوعها به ، والجنایة : كل فعل عدوان على نفس أو مال . لكنّها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدّي على الأبدان ، وسمّوا الجنایات على الأموال غصباً ، ونهباً ، وسرقةً ، وخيانةً ، وإثلافاً .

فصل : وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق ، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا ﴾^(١) . وقال تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطْئًا ﴾^(٢) . وقال : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ ﴾^(٣) . الآية . وأما السنة ، فروى عبد الله بن مسعود ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ ، إِلَّا بِإِخْدَى ثَلَاثٍ ، الثَّيِّبُ الزَّانِي ، وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسِ ، وَالتَّارِكُ لِدِينِهِ الْمُفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ » . متفق عليه^(٤) . وروى عثمان ، وعائشة ، عن النبي ﷺ مثله ، في آي وأخبار سيوى هذه كثيرة^(٥) . ولا خلاف بين الأمة في تحريمه ، فإن فعله إنسان متعمداً ، فسق ، وأمره إلى الله ، إن شاء عذبه ، وإن شاء غفر له ، وثبوته مقبولة في قول أكثر أهل العلم . وقال ابن عباس : إن ثبوته لا يُقبل^(٦) . للآية التي ذكرناها ، وهى من آخر ما نزل . قال ابن عباس : ولم ينسخها شيء^(٧) .

(١) سورة الإسراء ٣٣ .

(٢) سورة النساء ٩٢ .

(٣) سورة النساء ٩٣ .

(٤) تقدم تحريمه ، في ٣٥٢/٣ .

(٥) في الأصل : ١ كثير .

(٦) أخرجه البخارى ، في : باب : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى =

وَلَا نَقْطُ الْآيَةَ لَفْظُ الْخَبَرِ ، وَالْأَخْبَارُ لَا (١٧) يَدْخُلُهَا تَسْخُ وَلَا تَغْيِيرٌ ؛ لِأَنَّ خَبَرَ اللَّهِ تَعَالَى لَا يَكُونُ إِلَّا صِدْقًا . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ ﴾ (١٨) . فَجَعَلَهُ دَاخِلًا فِي الْمَشِيبَةِ . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعًا ﴾ (١٩) . وَفِي الْحَدِيثِ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، قَالَ : « إِنْ رَجُلًا قَتَلَ مِائَةَ رَجُلٍ ظَلَمًا ، ثُمَّ سَأَلَ : هَلْ لَهُ مِنْ ثَوْبَةٍ ؟ قُدِّلَ عَلَيْهِ عَالِمٌ ، فَسَأَلَهُ ، فَقَالَ : وَمَنْ يَحُولُ بَيْنَكَ وَبَيْنَ الثَّوْبَةِ ، وَلَكِنْ أَخْرِجْ مِنْ قَرْيَةِ السَّوَاءِ ، إِلَى الْقَرْيَةِ الصَّالِحَةِ ، فَأَعْبُدِ اللَّهَ فِيهَا . فَمَخْرَجَ ثَلَاثًا ، فَأَذْرَكَهُ الْمَوْتُ فِي الطَّرِيقِ ، فَاتَّخَصَصَتْ فِيهِ مَلَائِكَةُ الرَّحْمَةِ وَمَلَائِكَةُ الْعَذَابِ ، فَبَيَّتَ اللَّهُ إِلَيْهِمْ مَلَكًا ، فَقَالَ : / قِيسُوا مَا بَيْنَ الْقَرْيَتَيْنِ ، فَأَلَى إِلَيْهِمَا كَانَ أَقْرَبَ ، فَاجْعَلُوهُ مِنْ أَهْلِهَا . فَوَجَدُوهُ أَقْرَبَ إِلَى الْقَرْيَةِ الصَّالِحَةِ بِشِيرٍ ، فَجَعَلُوهُ مِنْ أَهْلِهَا » . (٢٠) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٢١) . وَلِأَنَّ الثَّوْبَةَ تَصِيحُ مِنَ الْكُفْرِ ، فَمِنَ الْقَتْلِ (٢٢) أَوَّلَى . وَالْآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَنْ لَمْ يَتَّبِعْ ، أَوْ عَلَى أَنَّ هَذَا جَزَاؤُهُ إِنْ جَازَاهُ ، وَلَهُ الْعَفْوُ إِذَا شَاءَ . وَقَوْلُهُ : لَا يَدْخُلُهَا التَّسْخُ . قُلْنَا : لَكِنْ يَدْخُلُهَا التَّحْصِيسُ وَالتَّأْوِيلُ .

٢/٩

١٤١٥ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَالْقَتْلُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ ؛ عَمْدٌ ، وَهَيْبَةُ الْعَمْدِ ، وَخَطَأٌ)

= ٥٩/٦ . وسلم . في : كتاب التفسير . صحيح مسلم ٢٣١٨/٤ . وأبو داود ، في : باب في تعظيم قتل المؤمن ، من كتاب الفتن . سنن أبي داود ٤١٩/٢ ، ٤٢٠ . والنسائي ، في : باب تعظيم الدم ، من كتاب تحريم الدم . المجتبى ٧٨/٧ ، ٨٠ . وابن ماجه ، في : باب هل لقاتل مؤمن ثوبة ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٧٤/٢ . والبيهقي ، في : باب أصل تحريم القتل في القرآن ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ١٥٨/١٦ ، (٧) في ب ، م ، د : ولا ؛ .

(٨) سورة النساء ٤٨ .

(٩) سورة الزمر ٥٣ .

(١٠-١١) سقط من : م . وأخرجه البخاري ، في : باب حدثنا أبو اليمان أخبرنا شعيب ، من كتاب الأنبياء . صحيح البخاري ٢١١/٤ ، ٢١٢ . وسلم ، في : باب قبول ثوبة القاتل وإن كفر قتلته ، من كتاب التوبة . صحيح مسلم ٢١١٨/٤ ، ٢١١٩ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٧٢/٣ .

(١١) في الأصل : « القاتل » .

أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَرَوْنَ الْقَتْلَ مُتَقَسِّمًا إِلَى هَذِهِ الْأَقْسَامِ الثَّلَاثَةِ ، رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَمْرِ ، وَعَلِيٍّ . وَبِهِ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحِيْمِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَحَمَّادٌ ، وَأَهْلُ الْإِرَاقِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَأَنْكَرَ مَالِكٌ شِبْهَ الْعَمْدِ ، وَقَالَ : لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِلَّا الْعَمْدُ وَالْخَطَأُ ، فَأَمَّا شِبْهُ الْعَمْدِ ، فَلَا يُعْمَلُ بِهِ عِنْدَنَا . وَجَعَلَهُ مِنْ قِسْمِ الْعَمْدِ . وَحِكْمِي عَنْهُ مِثْلُ قَوْلِ الْجَمَاعَةِ . وَهُوَ الصَّوَابُ ؛ لِمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « أَلَا إِنَّ دِيَةَ الْخَطِئِ شِبْهُ الْعَمْدِ ، مَا كَانَ بِالسَّوِطِ وَالْعَصَا ، مِائَةً مِنْ الْإِبِلِ ، مِنْهَا أَرْتَعُونَ فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١) . وَفِي لَفْظٍ : « قَبِيلُ خَطِئِ الْعَمْدِ » . وَهَذَا نَصٌّ يُقَدِّمُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ . وَقَسَّمَهُ أَبُو الْخَطَّابِ أَرْبَعَةَ أَقْسَامٍ ، فَزَادَ قِسْمًا رَابِعًا ، وَهُوَ مَا أُجْرِيَ مُجْرَى الْخَطِئِ ، نَحْوُ أَنْ يَنْقَلِبَ نَائِمٌ عَلَى شَخْصٍ فَيَقْتُلَهُ ، أَوْ يَفْعَ عَلَيْهِ مِنْ غُلُوٍّ ، وَالْقَتْلُ بِالسَّبَبِ ، كَحَفْرِ الْبَغْرِ وَنَصَبِ^(٢) السَّكِينِ ، وَقَتْلُ غَيْرِ الْمُكَلِّفِ ، أُجْرِيَ مُجْرَى^(٣) الْخَطِئِ وَإِنْ كَانَ عَمْدًا . وَهَذِهِ الصُّورَةُ الَّتِي ذَكَرَهَا عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ مِنْ قِسْمِ الْخَطِئِ ، فَإِنَّ صَاحِبَهَا لَمْ يَعْمِدِ الْفِعْلَ ، أَوْ عَمَدَهُ وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْقَصْدِ الصَّحِيحِ ، فَسَمَّوْهُ^(٤) خَطِئًا^(٥) ، فَأَعْطَوْهُ حُكْمَهُ . وَقَدْ صَرَّحَ الْخِرَقِيُّ بِذَلِكَ ، فَقَالَ فِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ : عَمْدُهُمَا خَطَأٌ .

١٤١٦ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (فَالْعَمْدُ مَا ضَرَبَتْهُ بِحَدِيدَةٍ ، أَوْ حَشِيَّةٍ كَبِيرَةٍ فَوْقَ عُمُودِ الْقُسْطَاطِ ، أَوْ حَجَرٍ كَبِيرٍ الْغَالِبُ أَنْ يَقْتُلَ بِهِ مِثْلَهُ ، أَوْ أَعَادَ الضَّرْبَ بِحَشِيَّةٍ صَغِيرَةٍ ، أَوْ فَعَلَ بِهِ فِعْلًا الْغَالِبُ مِنْ ذَلِكَ الْفِعْلِ أَنَّهُ يَتْلَفُ) .

وجملة ذلك أن العمد نوعان :

(١) تقدم ترجمته ، في : ٢٤٠/٦ . وأضاف إليه : المسند ١٦٦/٢ ، ١٦٦ .

(٢) في م : « ونصب » .

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل .

أحدهما، أن يَضْرِبَهُ بِمُحَدِّدٍ^(١)، وهو ما يَقْطَعُ، وَيَدْخُلُ فِي الْبَدَنِ، كَالسَّيْفِ
وَالسُّكَيْنِ وَالسَّانِ، وما في معناه مِمَّا يُحَدِّدُ فَيَجْرَحُ /، من الْحَدِيدِ، وَالنُّحَاسِ،
وَالرُّصَاصِ، وَالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةِ، وَالزُّجَاجِ، وَالْحَجَرِ، وَالْقَصَبِ، وَالخَشَبِ، فهذا
كلُّهُ إِذَا جَرَحَ بِهِ جُرْحًا كَبِيرًا، فَمَاتَ^(٢)، فهو قَتْلٌ عَمْدٌ، لا خِلَافَ^(٣) فِيهِ بَيْنَ
الْعُلَمَاءِ، فِيمَا عَلَّمْنَاهُ. فَأَمَّا إِنْ جَرَحَهُ جُرْحًا صَغِيرًا، كَشَرْطَةِ الْحَجَامِ، أَوْ غَرَزَهُ
بِإِبْرَةٍ، أَوْ شَوْكَةٍ، نَظَرْتُ؛ فَإِنْ كَانَ فِي مَقْتَلٍ، كَالْعَيْنِ، وَالْفَوَادِ، وَالْخَاصِرَةِ،
وَالصَّدْعِ، وَأَصْلِ الْأُذُنِ، فَمَاتَ، فهو عَمْدٌ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْإِصَابَةَ بِذَلِكَ فِي الْمَقْتَلِ،
كَالْجُرْحِ بِالسُّكَيْنِ فِي غَيْرِ الْمَقْتَلِ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَقْتَلٍ؛ نَظَرْتُ، فَإِنْ كَانَ قَدْ بَالَعَ فِي
إِدْخَالِهَا فِي الْبَدَنِ، فهو كَالْجُرْحِ الْكَبِيرِ؛ لِأَنَّ هَذَا يَشْتَدُّ أَلْمُهُ، وَيُقْضَى إِلَى الْقَتْلِ،
كَالْكَبِيرِ، وَإِنْ كَانَ الْغَرَزُ^(٤) يَسِيرًا، أَوْ جَرَحَهُ بِالْكَبِيرِ^(٥) جُرْحًا لَطِيفًا، كَشَرْطَةِ
الْحَجَامِ فَمَا دُونَهَا، فَقَالَ أَصْحَابُنَا: إِنْ بَقِيَ مِنْ ذَلِكَ ضَمْنًا^(٦) حَتَّى مَاتَ، فَفِيهِ الْقَوْدُ؛
لِأَنَّ الظَّاهَرَ أَنَّهُ مَاتَ مِنْهُ، وَإِنْ مَاتَ فِي الْحَالِ، فَفِيهِ رَجْعَانِ؛ أَحَدُهُمَا، لَا قِصَاصَ
فِيهِ. قَالَ ابْنُ حَامِدٍ؛ لِأَنَّ الظَّاهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَمُتْ مِنْهُ، وَلِأَنَّهُ لَا يَقْتُلُ غَائِبًا، فَأَشْبَهَ الْعَصَا
وَالسُّوْطَ. وَالتَّغْلِيلُ الْأَوَّلُ أَجْوَدُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اخْتَمَلَ حُصُولَ الْمَوْتِ بِغَيْرِهِ ظَاهِرًا، كَانَ
ذَلِكَ شَبِيهًا فِي دَرَجَةِ الْقِصَاصِ، وَلَوْ كَانَتِ الْعِلَّةُ كَوْنَهُ لَا يَحْصُلُ بِهِ الْقَتْلُ غَائِبًا، لَمْ يَفْتَرِقْ
الْحَالُ بَيْنَ مَوْتِهِ فِي الْحَالِ، وَمَوْتِهِ مُتَرَاخِيًا عَنْهُ، كَسَائِرِ مَا لَا يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ. وَالثَّانِي، فِيهِ
الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّ الْمُحَدِّدَ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ غَلَبَةُ الظَّنِّ فِي حُصُولِ الْقَتْلِ بِهِ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ قَطَعَ
شَخْمَةً أَذِنَهُ، أَوْ قَطَعَ أُثْمَلَتَهُ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُمَكِّنْ إِدَارَةَ الْحُكْمِ، وَضَبَطَهُ بِغَلَبَةِ الظَّنِّ،

(١) ق ب : محدد .

(٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٣) ق ب : اختلاف .

(٤) ق م : الغرز .

(٥) ق ب : الكبير .

(٦) الضمن : الزمّن والمبطل في جسمه .

وَجَبَ رَيْطُهُ بِكَوْنِهِ مُحَدَّدًا ، وَلَا يُغْتَبَرُ ظُهُورُ الْحِكْمَةِ^(٧) فِي آحَادٍ صَوْرٍ^(٨) الْمَظْنَةِ ، بَلْ يَكْفِي احْتِمَالُ الْحِكْمَةِ ، وَلِذَلِكَ تَبَيَّنَ الْحُكْمُ بِهِ فِيمَا إِذَا بَقِيَ ضَمِيمًا ، مَعَ أَنَّ الْعَمْدَ لَا يَخْتَلِفُ مَعَ اتِّحَادِ آلَةِ الْفِعْلِ ، بِسُرْعَةِ الْإِقْضَاءِ وَإِبْطَائِهِ ، وَلَئِنْ فِي الْبَدَنِ مَقَابِلُ خَفِيَّةٍ ، وَهَذَا لَهُ سِرَايَةٌ وَنَوْرٌ ، فَأَشْبَهَ الْجُرْحَ الْكَبِيرَ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يَفَرِّقْ بَيْنَ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَيْ حَنِيفَةٍ ، وَلِلشَافِعِيِّ ، مِنْ التَّفْصِيلِ نَحْوُ مِمَّا ذَكَرْنَا .

التَّوْعُ الثَّانِي ، الْقَتْلُ بِغَيْرِ الْمُحَدِّدِ ، مِمَّا يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ حُصُولُ الزُّهُوقِ بِهِ عِنْدَ اسْتِعْمَالِهِ ، فَهَذَا عَمْدٌ مُوجِبٌ لِلْقِصَاصِ أَيْضًا . وَبِهِ قَالَ / النَّحَّيْجِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَحَمَّادٌ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ الْحَسَنُ : لَا قَوْدَ فِي ذَلِكَ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ الشَّعْبِيِّ . وَقَالَ ابْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ : الْعَمْدُ مَا كَانَ بِالسَّلَاحِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا قَوْدَ « فِي ذَلِكَ » ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَتْلُهُ بِالنَّارِ . وَعَنْهُ فِي مُثْقَلِ الْحَدِيدِ رِوَايَتَانِ . وَاحْتَجَّ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « أَلَا إِنَّ فِي قَتِيلِ عَمْدِ الْخَطِيئِ ، قَتِيلِ السَّوْطِ وَالْعَصَا وَالْحَجَرِ ، مِائَةٌ مِنْ الْإِيلِ »^(٩) . فَسَمَاءُ عَمْدِ الْخَطِيئِ ، وَأَوْجَبَ فِيهِ الدَّيَّةُ دُونَ الْقِصَاصِ ، وَلَئِنْ الْعَمْدَ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُهُ بِنَفْسِهِ ، فَيَجِبُ ضَبْطُهُ بِمَظْنَتِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ بِمَا يَقْتُلُ غَالِبًا ، لِحُصُولِ الْعَمْدِ بِدُونِهِ فِي الْجُرْحِ الصَّغِيرِ ، فَوَجَبَ ضَبْطُهُ بِالْجُرْحِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلَاهُ سُلْطَانًا ﴾^(١٠) . وَهَذَا مَقْتُولٌ ظُلْمًا ، وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾^(١١) . وَرَوَى أَنَسٌ ، أَنَّ يَهُودِيًّا قُتِلَ

(٧) فِي ب ، م : ٥ : الْحُكْمُ .

(٨) فِي ب ، م : ٥ : صُورَةٌ .

(٩-٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(١٠) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤١٠/٣ . وَانْظُرْ مَا تَقْدِمُ فِي صَفْحَةِ ٤٤٥ .

(١١) سُورَةُ الْإِسْرَاءِ ٣٣ .

(١٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ١٧٨ .

جاريةً على أوضاع^(١٣) لها بحجر ، فَقَتَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَ حَجَرَيْنِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٤) . وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : « وَمَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلًا ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ؛ إِمَّا يُؤَدَّى ، وَإِمَّا يُقَادُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٥) . وَلَأَنَّهُ يُقْتَلُ غَالِبًا ، فَأُشْبِهَ الْمُحَدَّدَ . وَأَمَّا الْحَدِيثُ ، فَمَحْمُولٌ عَلَى الْمُثْقَلِ الصَّغِيرِ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ الْعَصَا وَالسُّوْطَ ، وَقَرَنَ بِهِ الْحَجَرَ . فَذَلَّ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ مَا يُشَبِّهُهُمَا . وَقَوْلُهُمْ : لَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ . مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّمَا نُوْجِبُ الْقِصَاصَ بِمَا نَتَيَقَّنُ حُصُولَ الْعَلْيَةِ بِهِ ، وَإِذَا اشْكَكْنَا ، لَمْ نُوجِبْهُ مَعَ الشُّكِّ ، وَصَغِيرُ الْجُرْجِ قَدْ سَبَقَ الْقَوْلُ فِيهِ ، وَلَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ ضَبْطُهُ بِالْجُرْجِ ، بِدَلِيلِ مَالِو فَقَتَلَ بِالنَّارِ ، أَوْ بِمُثْقَلِ^(١٦) الْحَدِيدِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ هَذَا الشُّوْعَ يَتَنَوَّعُ أَنْوَاعًا ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يَضْرِبُهُ بِمُثْقَلٍ كَبِيرٍ ، يَقْتُلُ مِثْلَهُ غَالِبًا ، سِوَاءَ كَانَ مِنْ حَدِيدٍ ، كَاللَّتِ^(١٧) ، وَالسِّنْدَانِ ، وَالْمِطْرَقَةِ ، أَوْ حَجَرٍ ثَقِيلٍ ، أَوْ خَشَبَةٍ كَبِيرَةٍ . وَحَدُّ الْجِرْقَى الْخَشَبَةُ الْكَبِيرَةُ ، بِمَا فَوْقَ عُمُودِ الْفُسْطَاطِ ، يَعْنِي الْعُمْدَ الَّتِي تُتَّخَذُهَا الْأَعْرَابُ^(١٨) لِيُبَوِّتَهَا ،

(١٣) الأوضح : حل القضية . انظر غريب الحديث ١٨٨/٣ .

(١٤) أخرجه البخاري ، في : باب إذا قتل بحجر أو بمصا ، من كتاب الديات . صحيح البخاري ٥/٩ ، ٦ .
ومسلم ، في : باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره ، من كتاب القسامة . صحيح مسلم ١٢٩٩/٣ ، ١٣٠٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب يقاتل من القاتل ، وباب القود بغير حديد ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٨٧/٢ - ٤٨٩ . والنسائي ، في : باب القود من الرجل للمرأة ، وباب القود بغير حديد ، من كتاب القسامة . المجتبى ٢٠/٨ ، ٣٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٧٠/٣ ، ١٧١ .
(١٥) في ١ ، م زيادة : « أن » .

(١٦) أخرجه البخاري ، في : باب كيف تعرف لقطة أهل مكة ، من كتاب اللقطة ، وفي : باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، من كتاب الديات . صحيح البخاري ١٦٥/٣ ، ٦/٩ . ومسلم ، في : باب تحريم مكة ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٨٨/٢ ، ٩٨٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ولي العمدة يرضى بالدية ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٨١/٢ . والنسائي ، في : باب هل تؤخذ من قاتل العمدة الدية ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣٤/٨ .

(١٧) في ٢ : « بئله » .

(١٨) اللت : ما يُلْتَبَّ به ، أي يُلْتَقَى أو يُسْتَحَق .

(١٩) في ٢ : « العرب » .

وفها دقة ، فأما عُمْدُ الخِيَامِ فكَبِيرَةٌ ، تَقْتُلُ غَالِبًا ، فلم يُرْذَها الْخِرْقِيُّ ، / وإِثْمًا حَدَّ
 الْمُوجِبَ لِلْقِصَاصِ بِمَا^(٢٠) فَوْقَ عُمُودِ الْفُسْطَاطِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا سُئِلَ عَنِ الْمَرْأَةِ
 الَّتِي ضَرَبَتْ جَارِيَتَهَا بِعُمُودٍ فَسَطَّاطٍ فَقَتَلَتْهَا وَجَرِيَّتَهَا ، قَضَى النَّبِيُّ ﷺ فِي الْجَنِينِ
 بِغُرَّةٍ ، وَقَضَى بِالذَّيَّةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا^(٢١) . وَالْعَاقِلَةُ لَا تَحْمِلُ الْعَمْدَ ، فَذُلَّ عَلَى أَنَّ الْقَتْلَ
 بِعُمُودِ الْفُسْطَاطِ لَيْسَ بِعَمْدٍ . وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُ مِنْهُ ، فَهُوَ عَمْدٌ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُ غَالِبًا . وَمِنْ
 هَذَا النَّوعِ أَنْ يُلْقَى عَلَيْهِ حَائِطًا ، أَوْ صَخْرَةً ، أَوْ خَشَبَةً عَظِيمَةً ، أَوْ مَا أَشَبَهُ مِمَّا يُهْلِكُهُ
 غَالِبًا ، فَيُهْلِكُهُ ، فَفِيهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُ غَالِبًا . النَّوعُ الثَّانِي ، أَنْ يَضْرِبَهُ بِمُقْتَلٍ صَغِيرٍ ،
 كَالْعَصَا ، وَالسُّوِطِ^(٢٢) ، وَالْحَجَرِ الصَّغِيرِ ، أَوْ يُلْكُزُهُ بِيَدَيْهِ فِي مَقْتَلٍ ، أَوْ فِي حَالٍ ضَعِيفٍ
 مِنَ الْمَضْرُوبِ ؛ لِمَرَضٍ أَوْ صِغَرٍ ، أَوْ فِي زَمَنِ مُفْرِطِ الْحَرِّ أَوْ الْبَرْدِ ، بِحَيْثُ تَقْتُلُهُ تِلْكَ
 الضَّرْبَةُ ، أَوْ كَرَّرَ الضَّرْبَ حَتَّى قَتَلَهُ بِمَا يَقْتُلُ غَالِبًا ، فَفِيهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَهُ بِمَا يَقْتُلُ مِثْلَهُ
 غَالِبًا ، فَأَشْبَهَ الضَّرْبَ بِمُقْتَلٍ كَبِيرٍ . وَمِنْ هَذَا النَّوعِ ، لَوْ عَصَرَ خَصِيَّتَهُ عَصْرًا شَدِيدًا ،
 فَقَتَلَهُ بِعَصْرِ يَقْتُلُ مِثْلَهُ غَالِبًا ، فَفِيهِ الْقَوْدُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَاهُ ، فَهُوَ
 عَمْدُ الْخَطَا ، وَفِيهِ الذَّيَّةُ ، لِأَنَّهُ يَضَعُ جَدًّا ، كَالضَّرْبَةِ بِالْقَلَمِ وَالْإِصْبَعِ فِي غَيْرِ مَقْتَلٍ ،
 وَنَحْوِ هَذَا مِمَّا لَا يَتَوَهَّمُ الْقَتْلَ بِهِ ، فَلَا قَوْدَ فِيهِ ، وَلَا ذِيَّةَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمُتْ بِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ مَسَّهُ
 بِالْكَبِيرِ ، وَلَمْ يَضْرِبْهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الذَّيَّةَ إِثْمًا تُجِبُ بِالْقَتْلِ ، وَلَيْسَ هَذَا بِقَتْلِ .

النَّوعُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يَمْنَعَ خُرُوجَ نَفْسِهِ ، وَهُوَ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَجْعَلَ فِي عُنُقِهِ
 خِرَاطَةً^(٢٣) ، ثُمَّ يُعَلِّقُهَا فِي خَشَبَةٍ أَوْ شَيْءٍ ، بِحَيْثُ يَرْتَفِعُ عَنِ الْأَرْضِ ، فَيَحْتَسِبُ

(٢٠) في م : ٤٤٤ .

(٢١) أخرجه مسلم ، في : باب دية الجنين ... ، من كتاب القسامة . صحيح مسلم ١٣١٠/٣ ، ١٣١١ . وأبو
 داود ، في : باب دية الجنين ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٩٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في دية
 الجنين ، من أبواب الديات . عارضة الأحمدي ١٨٠/٦ . والنسائي ، في : باب صفة شبه العمد ، من كتاب
 القسامة . المجتبى ٤٤/٨ . والدارمي ، في : باب في دية الجنين ، من كتاب الديات . سنن الدارمي ١٩٦/٢ .
 وإمام أحمد ، في : المسند ٢٤٥/٤ ، ٢٤٦ ، ٢٤٩ .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٣) الخرافة : ما يعرف اليوم بالمشقة .

وَيَمُوتُ ، فِهَذَا عَمْدٌ ، سِوَاةٍ مَاتَ فِي الْحَالِ ، أَوْ بَقِيَ زَمَنًا ؛ لِأَنَّ هَذَا أُوحِيَ ^(٢٤) أَلْوَاغُ الْخَنْقِ ، وَهُوَ الَّذِي جَرَبَتِ الْعَادَةُ يُفْعَلُهُ مِنَ الْوَلَاةِ فِي اللَّصُوصِ وَأَشْبَاهِهِمْ مِنَ الْمُفْسِدِينَ . وَالضَّرْبُ الثَّانِي ، أَنْ يَحْتَنَقَهُ وَهُوَ عَلَى الْأَرْضِ يَدَّيْهِ ، أَوْ مِنْدِيلٍ ، أَوْ حَبْلٍ ، أَوْ يُعَمَّهُ بِوَسَادَةٍ ، أَوْ شَيْءٍ يَضَعُهُ عَلَى فِيهِ وَأَنْفِهِ ، أَوْ يَضَعُ يَدَيْهِ عَلَيْهِمَا فَيَمُوتُ ، فَهَذَا إِنْ فَعَلَ بِهِ ذَلِكَ مُدَّةُ يَمُوتُ فِي مِثْلِهَا غَالِبًا فَمَاتَ ، فَهُوَ عَمْدٌ فِيهِ الْقِصَاصُ . وَبِهِ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَإِنْ فَعَلَهُ فِي ^(٢٥) مُدَّةٍ لَا يَمُوتُ فِي مِثْلِهَا / غَالِبًا فَمَاتَ ، فَهُوَ عَمْدٌ الْحَطِّ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ يَسِيرًا فِي الْعَادَةِ ^(٢٦) ، بِحِثِّ لَا يَتَوَهَّمُ الْمَوْتُ مِنْهُ ، فَلَا يُوجِبُ ضَمَانًا ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ لَمْسِهِ . وَإِنْ حَتَنَقَهُ ، وَتَرَكَ مُتَالِمًا ^(٢٧) حَتَّى مَاتَ ، فَفِيهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ مِنْ سِرَايَةِ جَنَانَيْتِهِ ، فَهُوَ كَالْمَيِّتِ مِنْ سِرَايَةِ الْجُرْحِ ، وَإِنْ تَنَفَّسَ وَصَحَّ ، ثُمَّ مَاتَ ، فَلَا قَوْدَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَمْ يَمُتْ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ ائْتَمَلَ الْجُرْحُ ثُمَّ مَاتَ .

النَّوعُ الرَّابِعُ ، أَنْ يُلْقِيَهُ فِي مَهْلِكَةٍ ، وَذَلِكَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَضْرِبٍ ، أَحَدُهَا ؛ أَنْ يُلْقِيَهُ مِنْ شَاهِقٍ ، كِرَاسٍ جَبَلٍ ، أَوْ حَائِطٍ عَالٍ ، يَهْلِكُ بِهِ غَالِبًا ، فَيَمُوتُ ، فَهُوَ عَمْدٌ ^(٢٨) . الثَّانِي ، أَنْ يُلْقِيَهُ فِي نَارٍ ، أَوْ مَاءٍ يُغْرِقُهُ ، وَلَا يُمْكِنُهُ التَّخَلُّصُ مِنْهُ ، إِمَّا لِكَثْرَةِ الْمَاءِ وَالتَّارِ ^(٢٩) ، وَإِمَّا لِمَعْجَزِهِ عَنِ التَّخَلُّصِ ، لِمَرَضٍ ، ^(٣٠) أَوْ ضَعْفٍ ^(٣١) ، أَوْ صِغَرٍ ، أَوْ كَوْنِهِ مَرْبُوطًا ، أَوْ مَنَعَهُ الْخُرُوجُ ، أَوْ كَوْنُهُ فِي حُفْرَةٍ ^(٣٢) لَا يَقْدِرُ عَلَى الصُّعُودِ مِنْهَا ، وَنَحْوِ هَذَا ، أَوْ الْقَاهُ فِي بَغْرِ ذَاتِ نَفْسٍ ^(٣٣) ، فَمَاتَ بِهِ ، عَالِمًا بِذَلِكَ ، فَهَذَا كُلُّهُ عَمْدٌ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُ غَالِبًا . وَإِنْ الْقَاهُ فِي مَاءٍ يَسِيرٍ ، يَقْدِرُ عَلَى الْخُرُوجِ مِنْهُ ، فَلَيْتَ فِيهِ اخْتِيَارًا حَتَّى مَاتَ ،

(٢٤) أَوْحِيَ : أَسْرَعَ .

(٢٥) سَقَطَ مِنَ : الْأَصْلُ ، ب .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : : الْغَايَةُ .

(٢٧) فِي م : : مَثَلًا .

(٢٨) فِي ب نَهَادَةٌ : : مَعْضٌ .

(٢٩) فِي م : : أَوْ النَّارُ .

(٣٠-٣١) سَقَطَ مِنْ : : م .

(٣١) فِي م : : حَفِيَّةٌ .

(٣٢) ذَاتِ نَفْسٍ : أَيِ الرَّاحَةِ مُتَفَرِّجَةٍ .

فلا قَوْدَ فيه ولا دِيَّةَ ؛ لأنَّ هذا الفعل لم يَقْتُلْهُ ، وإنَّما حَصَلَ موْتُهُ بَلَيْتِهِ فيه ، وهو فَعَلَ
نَفْسِهِ ، فلم يَضْمَنْهُ غَيْرُهُ . وإن تَرَكَه في نارٍ يُمكنُهُ التَّخَلُّصُ منها لِقَلْبَتِها ، أو كَرَّزَهُ في
طَرَفٍ منها يُمكنُهُ الخُرُوجُ بِأَذْنَى حَرَكَةٍ ؛ فلم يَخْرُجْ حتى مات ، فلا قَوْدَ ؛ لأنَّ هذا لا
يَقْتُلُ غَالِبًا ، وهل يَضْمَنْهُ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ؛ لا يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّهُ مُهْلِكٌ لِنَفْسِهِ
بِإِقَامَتِهِ ، فلم يَضْمَنْهُ ، كما لو أَلْقَاهُ في مَاءٍ يَسِيرُ ، لكن^(٣٣) يَضْمَنْ ما أَصَابَتْ النَّارُ منه .
والثاني ، يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّهُ جاء بِالْإِلْقَاءِ الْمُفْضِي إلى الهلاك ، وترك التَّخَلُّصَ لا يُسْقِطُ
الضَّمَانَ ، كما لو فَصَدَّه فَتَرَكَ شَدَّ فِصَادِهِ مع إمكانِهِ ، أو جَرَّحَهُ فَتَرَكَ مُدَاوَةَ جُرْحِهِ ،
وفَارَقَ المَاءَ ؛ لأنَّهُ لا يُهْلِكُ بِنَفْسِهِ ، ولهذا يَدْخُلُهُ النَّاسُ لِلْمُعْسِلِ والسَّابِحَةِ والصَّيِّدِ ، وإنَّما
النَّارُ فَيَسِيرُها يُهْلِكُ . وإنَّما تَعْلَمُ قُدْرَتُهُ على التَّخَلُّصِ بقَوْلِهِ : أنا قَادِرٌ على التَّخَلُّصِ . أو
نحو هذا ؛ لأنَّ النَّارَ لها حَرَارَةٌ شَدِيدَةٌ ، فربَّما أَرْعَجَتْهُ حَرَارَتُها عن مَعْرِفَةِ ما يَتَخَلَّصُ به ،
أو أَذْهَبَتْ عَقْلَهُ بِأَلَمِها وَزَوْعِها . وإن أَلْقَاهُ في لُجَّةٍ لا يُمكنُهُ التَّخَلُّصُ / منها ، فَالتَّقَمُّعُ
حُوتٌ ، ففيهِ وَجْهان ؛ أحدهما ، عليه القَوْدُ ؛ لأنَّهُ أَلْقَاهُ في مَهْلِكَةٍ فَهْلِكُ ، فَاشْتَبَهَ ما لو
غَرَّقَ فيها . والثاني ، لا قَوْدَ عليه ؛ لأنَّهُ لم يَهْلِكْ بها ، أَشْبَهَ ما لو قَتَلَهُ آدَمِيُّ آخَرُ . وإن
أَلْقَاهُ في مَاءٍ يَسِيرٍ ، فَأَكَلَهُ سَمْعٌ ، أو التَّقَمُّعُ حُوتٌ أو تَمَسَّاحٌ ، فلا قَوْدَ عليه ؛ لأنَّ الَّذِي
فَعَلَهُ لا يَقْتُلُ غَالِبًا ، وعليهِ ضَمَانُهُ ؛ لأنَّهُ هَلَكَ بِفِعْلِهِ . الضَّرْبُ الثالث ، أن يَجْمَعَ بَيْنَهُ
وَبَيْنَ أَسَدٍ أو نَمِرٍ ، في مَكَانٍ ضَيِّقٍ ، كَرُيْبَةٍ^(٣٤) ونَحْوِها ، فَيَقْتُلُهُ ، فهذا عَمْدٌ ، فيه الْقِصَاصُ
إِذَا فَعَلَ السَّمْعُ به فِعْلاً يَقْتُلُ مثْلَهُ ، وإن فَعَلَ به فِعْلاً لو فَعَلَهُ الآدَمِيُّ لم يَكُنْ عَمْدًا ، لم يَجِبِ
الْقِصَاصُ به ؛ لأنَّ السَّمْعَ صار آلَةً لِلآدَمِيِّ ، فكان فِعْلُهُ كِفْعَلِهِ . وإن أَلْقَاهُ مَكْتُوفًا بَيْنَ يَدَيِ
الْأَسَدِ ، أو النَّمِرِ ، في فِضَاءٍ ، فَأَكَلَهُ ، فعليه القَوْدُ . وكذلك إن جَمَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ حَيَّةٍ في
مَكَانٍ ضَيِّقٍ ، فَتَهَشَّتْهُ فَقَتَلَتْهُ ، فعليه القَوْدُ . وقال القاضِي : لا ضَمَانٌ عليه في

٤/٩ ط

(٣٣) في ب : و ؛ ولكن .

(٣٤) الرِيبة : حفرة للأسد .

الصورتين . وهو قول أصحاب الشافعي ؛ لأنَّ الأَمَدَ والحَيَّةَ يَهْرَبَانِ مِنَ الْآدَمِيِّ ، ولأنَّ هذا سَبَبٌ غَيْرُ مُلْجِئٍ . ولنا ، أَنَّ هذا يَقْتُلُ غَالِبًا ، فكان عَمْدًا مُحَضًّا ، كسائر الصور . وقولهم : إنَّهما يَهْرَبَانِ غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّ الْأَسَدَ يَأْخُذُ الْآدَمِيَّ الْمُطْلَقَ ، فكيف يَهْرَبُ مِنْ مَكْرُوفٍ أَلْفَى إِلَيْهِ ^(٣٥) لِيَأْكُلَهُ ! والحَيَّةُ إِنَّمَا تَهْرَبُ فِي مَكَانٍ وَاسِعٍ ، أَمَّا إِذَا ضَاقَ الْمَكَانُ ، فَالْغَالِبُ أَنَّهُا تَذْفَعُ عَنْ نَفْسِهَا بِالنَّهْشِ ، عَلَى مَا هُوَ الْعَادَةُ . وقد ذكر الْقَاضِي فِي مَنْ أَلْفَى مَكْرُوفًا فِي أَرْضٍ مَسْبُوعَةٍ ، أَوْ ذَاتِ حَيَاتٍ ، فَقَتَلَتْهُ ، أَنَّ فِي وَجُوبِ الْقِصَاصِ رَوَاتَيْنِ . وهذا نَأْقُضُ شَدِيدٌ ؛ فَإِنَّهُ نَفَى الضَّمَانَ بِالْكُلِّيَّةِ فِي صُورَةِ كَانِ الْقَتْلِ فِيهَا أَغْلَبَ ، وَأَوْجَبَ الْقِصَاصَ فِي صُورَةِ كَانِ فِيهَا أَلَدَر . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ هُنَا ، وَيَجِبُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ قَعَلَ بِهِ فِعْلًا مُتَعَمِّدًا تَلَفَ بِهِ . لَا يَقْتُلُ مِثْلَهُ غَالِبًا . وَإِنْ أَلْهَشَهُ حَيَّةٌ أَوْ سَبْعًا فَقَتَلَهُ ، فَعَلِيهِ الْقَوْدُ إِذَا كَانَ ذَلِكَ مِمَّا يَقْتُلُ غَالِبًا ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا ، كَثُعْبَانِ الْحِجَازِ ، أَوْ سَبْعٍ صَغِيرٍ ، فَقِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، فِيهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّ الْجُرْحَ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ غَلَبَةُ حُصُولِ الْقَتْلِ / بِهِ ، وَهَذَا جُرْحٌ ، وَلِأَنَّ الْحَيَّةَ مِنْ جِنْسِ مَا يَقْتُلُ غَالِبًا . وَالثَّانِي ، هُوَ ^(٣٦) شَيْءٌ عَمْدٌ ^(٣٧) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْتُلُ غَالِبًا ، أَشْبَهَ الضَّرْبَ بِالْعَصَا وَالْحَجَرِ . وَإِنْ كَتَفَهُ وَأَلْقَاهُ فِي أَرْضٍ غَيْرِ مَسْبُوعَةٍ ، فَأَكَلَهُ سَبْعٌ ، أَوْ تَهَشَّتْهُ حَيَّةٌ ، فَمَاتَ ^(٣٨) ، فَهُوَ شَيْءٌ عَمْدٌ ^(٣٩) . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : هُوَ خَطَأٌ مُحَضَّرٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَعَلَ بِهِ فِعْلًا لَا يَقْتُلُ مِثْلَهُ غَالِبًا عَمْدًا ، فَأَقْضَى إِلَى هَلَاكِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ ضَرَبَهُ بِعَصَا فَمَاتَ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَلْقَاهُ مَشْدُودًا فِي مَوْضِعٍ لَمْ يَعْهَدْ وَصُولَ نِيَادَةِ الْمَاءِ إِلَيْهِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ فِي مَوْضِعٍ يَعْهَدُ وَصُولَ نِيَادَةِ الْمَاءِ إِلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ ، فَمَاتَ بِهَا ، فَهُوَ عَمْدٌ مُحَضَّرٌ . وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَعْلُومَةٍ ، إِمَّا لَكُونِهَا تَحْتِيلُ ^(٤٠) الْوُجُودِ ^(٤١) وَعَدَمِهِ ، أَوْ لَا تَعْهَدُ أَصْلًا ،

٥٠/٩

(٣٥) فِي الْأَصْلِ ، ب : د : هـ .

(٣٦-٣٧) فِي م : د : شَيْءٌ عَمْدٌ .

(٣٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣٨) فِي أ ، م : د : عَمْدٌ .

(٣٩) فِي ب : د : تَحْمِلٌ .

(٤٠) فِي أ ، م : د : الْوُجُوبُ ؛ مَحْرُوفٌ .

فهو شبهه عُمِد . الضرب الرابع ، أن يَحْبِسَه في مكان ، وَيَمْنَعَه الطَّعَامَ والشراب مُدَّة لا يَنْقُى فيها حتى يَمُوت ، فعليه الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَقْتُلُ غَالِبًا ، وهذا يَخْتَلِفُ باختلاف الناس والزَّمَانِ والأحوال ، فإذا كان غَطْشَانٌ في شِدَّةِ الْحَرِّ ، مات في الزَّمَنِ القليل ، وإن كان رِيَّانٌ والزَّمَنُ باردٌ أو معتدلٌ ، لم يَمُتْ إلَّا في زمنٍ طويلٍ فَيُتَعَبَّرُ هذا فيه . وإن كان في مُدَّةٍ يَمُوتُ^(١١) في مثلها^(١٢) غَالِبًا ، ففيه الْقَوْدُ . وإن كان لا يَمُوتُ في مثلها غَالِبًا^(١٣) ، فهو عَمْدُ الْخَطِئِ . وإن شَكَّكْنَا فيها ، لم يَجِبِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّا شَكَّكْنَا في السَّبَبِ ، ولا يَثْبُتُ الْمُحْكَمُ مع الشَّكِّ في سَبَبِهِ ، سِيَّما الْقِصَاصُ الَّذِي يَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ .

النوع الخامس ، أن يَسْقِيَه سُمًّا ، أو يُطْعِمَه شَيْئًا قَاتِلًا ، فيموتُ به ، فهو عَمْدٌ مُوجِبٌ لِلْقَوْدِ ، إذا كان مثله يَقْتُلُ غَالِبًا . وإن خَلَطَه بطعامٍ ، وقَدَّمَه إليه ، فَأَكَلَه أو أَهْدَاهُ إليه فَأَكَلَه^(١٤) ، أو خَلَطَه بطعامٍ رَجُلٍ ، ولم يَعْلَمْ^(١٥) ذلك فَأَكَلَه ، فعليه الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُ غَالِبًا . وقال الشافعي ، في أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لا قَوْدَ عليه ؛ لِأَنَّهُ أَكَلَهُ مُخْتَارًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَدَّمَ إِلَيْهِ سَيْكِنًا ، فَطَعَنَ بِهَا نَفْسَهُ ، وَلِأَنَّ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ رَوَى ، أَنَّ يَهُودِيَّةً أَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بِشَاةٍ مَسْمُومَةٍ ، فَأَكَلَ مِنْهَا النَّبِيُّ ﷺ ، ولم يَقْتُلْهَا النَّبِيُّ ﷺ^(١٦) . قال^(١٧) : وهل تَجِبُ الدِّيَّةُ^(١٨) ؟ فيه قَوْلَانِ . ولَنَا ، خَيْرُ الْيَهُودِيَّةِ ، فَإِنَّ أَبَا سَلَمَةَ ، قال فيه : فمَاتَ يَشْرُ بْنُ الْبَرَاءِ ، فَأَمَرَ بِهَا النَّبِيُّ ﷺ فَقُتِلَتْ . أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ^(١٩) . وَلِأَنَّ هَذَا يَقْتُلُ

(٤١-٤٢) في الأصل ، ب : فيها .

(٤٢) في م زيادة : ففيه القود وإن كان لا يموت في مثلها غالبًا . تكرار .

(٤٣) سقط من : م .

(٤٤) أخرجه البخاري ، في : باب قول المذنب من المشركين ، من كتاب الجبة . صحيح البخاري ٢١٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في من سقى رجلا سما أو أطعمه فمات أبقاده منه ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٤٨١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢١٨/٣ .

(٤٥) سقط من : ب .

(٤٦) في م : القود .

(٤٧) في : باب في من سقى رجلا سما أو أطعمه فمات أبقاده منه ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٤٨٢/٢ ، ٤٨٣ .

غالبًا ، وَتُحَذَّرُ طَرِيقًا إِلَى الْقَتْلِ كَثِيرًا ، فَأَوْجَبَ الْقِصَاصَ ، كَمَا لَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى شَرِّهِ .
فَأَمَّا حَدِيثُ أَنَسٍ ، فَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ أَنَّ أَحَدًا مَاتَ مِنْهُ . وَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ إِلَّا أَنْ يُقْتَلَ بِهِ ،
وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ النَّبِيُّ ﷺ ^(٤٨) لَمْ يُقْتَلْهَا قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ بَشَرُ بْنُ الْبَرَاءِ ، فَلَمَّا مَاتَ ، أُرْسِلَ
إِلَيْهَا النَّبِيُّ ﷺ ^(٤٩) ، فَسَأَلَهَا ، فَأَعْتَرَفَتْ ، فَتَقَلَّلَ أَنَسُ صَدْرَ الْقِصَّةِ دُونَ
آخِرِهَا . وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُهُ عَلَيْهِ ، جَمْعًا بَيْنَ الْحَبْرَيْنِ . وَيجوزُ أَنْ يَتْرَكَ قَتْلُهَا ؛ لَكَوْنِهَا مَا
قَصَدَتْ بَشَرُ بْنُ الْبَرَاءِ ، إِثْمًا قَصَدَتْ قَتْلَ النَّبِيِّ ﷺ ، فَاخْتَلَّ الْعَمْدُ بِالنَّسْبَةِ إِلَى بَشَرٍ ،
وَفَارَقَ تَقْدِيمَ السَّكِينِ ؛ لِأَنَّهَا لَا تُقَدَّمُ إِلَى الْإِنْسَانِ ^(٥٠) لِيُقْتَلَ بِهَا نَفْسُهُ ، إِثْمًا تُقَدَّمُ إِلَيْهِ
لِيَنْتَفِعَ بِهَا ، وَهُوَ عَالِمٌ بِمَضَرَّتِهَا وَنَفْعِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قُدِّمَ إِلَيْهِ السُّمُّ وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ
خَلَطَ السُّمُّ بِطَعَامٍ نَفْسِهِ ، وَتَرَكَهُ فِي مَنْزِلِهِ ، فَدَخَلَ إِنْسَانٌ فَأَكَلَهُ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ
بِقِصَاصٍ وَلَا دِيَّةٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْتُلْهُ ، وَإِثْمًا الدَّخَلُ قَتْلَ نَفْسِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ حَفَرَ فِي دَارِهِ
بَشَرًا ، فَدَخَلَ رَجُلٌ ، فَوَقَعَ فِيهَا ، وَسَوَاءٌ قَصَدَ بِذَلِكَ قَتْلَ الْآكِلِ ، مِثْلَ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّ ^(٥١)
ظَالِمًا يُرِيدُ هُجُومَ دَارِهِ ، فَتَرَكَ السُّمَّ فِي الطَّعَامِ لِيَقْتُلَهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ حَفَرَ بَشَرًا ^(٥٢) فِي دَارِهِ لِيَقَعَ
فِيهَا اللَّصُّ إِذَا دَخَلَ لِيَسْرِقَ مِنْهَا ، وَلَوْ دَخَلَ رَجُلٌ بِإِذْنِهِ ، فَأَكَلَ الطَّعَامَ الْمَسْمُومَ بِغَيْرِ
إِذْنِهِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ لذلِكَ . وَإِنْ خَلَطَهُ بِطَعَامِ رَجُلٍ ، أَوْ قَدَّمَ إِلَيْهِ طَعَامًا مَسْمُومًا ، وَأَخْبَرَهُ
بِسُومِهِ فَأَكَلَهُ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ أَكَلَهُ عَالِمًا بِحَالِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَدَّمَ إِلَيْهِ سِكِّينًا ، فَوَجَّأَ بِهَا
نَفْسَهُ . وَإِنْ سَقَى إِنْسَانًا سُمًّا ، أَوْ خَلَطَهُ بِطَعَامِهِ ^(٥٣) ، فَأَكَلَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ ، وَكَانَ مِمَّا لَا يُقْتَلُ
مِثْلُهُ غَالِبًا ، فَهُوَ شِبْهُ عَمِيدٍ . فَإِنْ اخْتَلَفَ فِيهِ هَلْ يُقْتَلُ مِثْلُهُ غَالِبًا أَوْ لَا ؟ وَثُمَّ بَيِّنَةُ تَشْهَدُ عَمِلَ
بِهَا . وَإِنْ قَالَتِ الْبَيِّنَةُ : هُوَ يُقْتَلُ التَّضَرُّ الضَّعِيفُ دُونَ الْقَوِي . أَوْ غَيْرَ هَذَا ، عَمِلَ ^(٥٤)

(٤٨-٤٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤٩) ف : : : إنسان .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) سقط من : ب .

(٥٢) ف : ب : : بطعام .

(٥٣) ف : م : : عملت .

على حسب ذلك . وإن لم يكن مع أحدهما بيّنة ، فالقول قول السّاقى ؛ لأنّ الأصل عدم وجوب القصاص ، فلا يثبت بالشك ، ولأنّه أعلم بصيغة ما سقى . وإن ثبت أنّه قاتل ، فقال : لم أعلم أنّه قاتل . ففيه وجهان ؛ أحدهما : عليه القود ؛ لأنّ السّم من جنس ما يقتل^(٥٤) غالباً ، فأشبه ما لو جرّحه ، وقال : لم أعلم أنّه يموت منه . والثاني : / لا قود عليه ؛ لأنّه يجوز أن يخفى عليه أنّه قاتل . وهذه^(٥٥) شبهة يسقط بها القود .

النوع السادس ، أن يقتله بسحر يقتل غالباً ، فيلزمه القود ؛ لأنّه قتله بما يقتل غالباً ، فأشبه ما لو قتله بسيكين . وإن كان ممّا لا يقتل غالباً ، أو كان^(٥٦) ممّا يقتل ولا يقتل ، ففيه الدية دون القصاص ؛ لأنّه عند الخطأ ، فأشبه ضرب العصا .

النوع السابع ، أن يتسبّب إلى قتله بما يقتل غالباً ، وذلك أربعة أضرب ؛ أحدها ، أن يُكره رجلاً على قتل آخر ، فيقتله ، فيجب القصاص على المُكره والمُكره جميعاً . وبهذا قال مالك . وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يجب القصاص على المُكره دون المُباشِر ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « عَفِيَ لِأَمِيٍّ عَنِ الْخَطِيئَةِ وَالنِّسْيَانِ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ »^(٥٧) .

ولأنّ المُكره آثم للمُكره ، بدليل وجوب القصاص على المُكره ، ونقل فعله إليه ، فلم يجب على المُكره ، كما لو رمى به عليه فقتله . وقال زُفر : يجب على المُباشِر دون المُكره ؛ لأنّ المُباشِر تَقَطَّعَ حُكْمُ السَّبَبِ^(٥٨) ، كالحافر مع الدافع ، والآمر مع القاتل . وقال الشافعي : يجب على المُكره ، وفي المُكره قولان . وقال أبو يوسف : لا يجب على واحد منهما ؛ لأنّ المُكره لم يُباشِر القتل ، فهو كحافر البئر ، والمُكره مُلْجَأٌ ، فأشبه المرمي به على إنسان . ولنا ، على وجوبه على المُكره ، أنّه تسبّب إلى قتله بما يُفضي إليه غالباً ، فأشبه ما لو أَسَعَهُ^(٥٩) حية ، أو ألقاه على أسد في زُبّة . ولنا ، على

(٥٤) في م زيادة : ؛ به .

(٥٥) في الأصل ، ب : ؛ وهذا .

(٥٦) في ب : ؛ وكان .

(٥٧) تقدم تخريجه ، في : ١٤٦/١ .

(٥٨) في الأصل ، ب : ؛ السب .

(٥٩) في م : ؛ أَلْسَعَهُ .

وَجُوبِهِ عَلَى الْمُكْرِهِ ، أَنَّهُ قَتَلَهُ عَمْدًا ظَلَمًا لاسْتِيفَاءِ نَفْسِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَهُ فِي الْمَحْصَصَةِ لَيَأْكُلَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْمُكْرَةَ مُلْجَأٌ . غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّهُ مُتَمَكِّنٌ مِنَ الْإِمْتِنَاعِ ، وَلِذَلِكَ أُتِمَّ بِقَتْلِهِ ، وَحَرَّمَ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا قَتَلَهُ عِنْدَ الْإِكْرَاهِ ظُلْمًا مِنْهُ ^(٦٠) أَنْ فِي قَتْلِهِ نَجَاةٌ لِنَفْسِهِ ، وَغُلَاظَتِهِ مِنْ شَرِّ الْمُكْرِهِ ، فَأَشْبَهَ الْقَاتِلَ فِي الْمَحْصَصَةِ لَيَأْكُلَهُ . وَإِنْ صَارَ الْأَمْرُ إِلَى الدِّيَةِ ، وَجَبَتْ عَلَيْهِمَا . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَوَحَمَّدٌ : لَا دِيَّةَ عَلَى الْمُكْرِهِ ، بِنَاءً مِنْهُمَا عَلَى أَنَّهُ آلَةٌ . وَقَدْ بَيَّنَّا فُسَادَهُ ، وَإِنَّمَا هُمَا شَرِيكَانِ ، يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا ، فَوَجَبَتْ الدِّيَةُ عَلَيْهِمَا ، كَالشَّرِيكَيْنِ بِالْفِعْلِ ، وَكَأَيُّ جِبِّ الْجُزْأَيْنِ عَلَى الدَّالِّ عَلَى الصَّيْدِ فِي الْإِحْرَامِ وَالْمُبَاشِيرِ ^(٦١) ، وَالرَّذَاءِ وَالْمُبَاشِيرِ ^(٦٢) فِي الْمُحَارَبَةِ . فَعَلِيَ هَذَا ، إِنْ أَحَبَّ الزَّوْلِيُّ قَتْلَ أَحَدِهِمَا ، وَأُخِذَ نَصِيفُ الدِّيَةِ مِنَ الْآخَرِ ، أَوْ / الْغَفْوُ عَنْهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ .

الضَّرْبُ الثَّانِي ، إِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلٍ بِمَا يُوجِبُ قَتْلَهُ ، فَقُتِلَ بِشَهَادَتِهِمَا ، ثُمَّ رَجَعَا ، وَاعْتَرَفَا بِتَعَمُّدِ الْقَتْلِ ظُلْمًا ، وَكَذِبَهُمَا فِي شَهَادَتِهِمَا ، فَعَلِيهِمَا الْقِصَاصُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا قِصَاصَ عَلَيْهِمَا ، لِأَنَّهُ تَسَبَّبَ غَيْرُ مُلْجِئٍ ، فَلَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، كَحَفَرِ الْبَعْرِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْقَاسِمُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، أَنَّ رَجُلَيْنِ شَهِدَا عِنْدَ عَلِيٍّ ، كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ ، عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ ، فَقَطَّعَهُ ، ثُمَّ رَجَعَا عَنْ ^(٦٣) شَهَادَتِهِمَا ، فَقَالَ عَلِيٌّ : لَوْ أَعْلَمْتُ أَلَكُمَا تَعَمُّدُكُمَا ، لَقَطَّعْتُ أَيْدِيَكُمَا . وَغَرَّمَهُمَا دِيَّةَ يَدِهِ ^(٦٤) . وَلَأَنَّهُمَا تَوَصَّلَا إِلَى قَتْلِهِ بِسَبَبٍ يَقْتُلُ غَالِبًا ، فَوَجَبَ عَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ ، كَالْمُكْرِهِ . الضَّرْبُ الثَّالِثُ ، الْحَاكِمُ إِذَا حَكَمَ عَلَى رَجُلٍ بِالْقَتْلِ ، عَالِمًا بِذَلِكَ مُتَعَمِّدًا

٦/٩ ط

(٦٠) سقط من : الأصل ، ب .

(٦١) في ب : والمباشرة .

(٦٢) في ب : والمباشرة . وفي م : كالمباشرة .

(٦٣) في م : على .

(٦٤) أخرجه البخاري ، في : باب إذا أصاب قوم من رجل ... ، من كتاب الديات . صحيح البخاري ١٠/٩ . والدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغزو . سنن الدارقطني ١٨٢/٣ . والبيهقي ، في : باب الاكئين أو أكثر يقطعان يدرجل معا ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٤١/٨ . وابن أبي شبة ، في : باب الرجلان يشهدان على رجل بالحد ، من كتاب الديات . المصنف ٤٠٨/٩ ، ٤٠٩ . كلهم عن الشعبي .

فَقَتَلَهُ ، وَاعْتَرَفَ بِذَلِكَ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ ، وَالْكَلَامُ فِيهِ كَالْكَلَامِ فِي الشَّاهِدَيْنِ ، وَلَوْ أَنَّ
الْوَلِيَّ الَّذِي بَاشَرَ قَتْلَهُ أَقَرَّ بِعِلْمِهِ بِكَذِبِ الشُّهُودِ ، وَتَعَمَّدَ قَتْلَهُ ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ . لَا
أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، فَإِنْ أَقَرَّ ^(٦٥) الشَّاهِدَانِ وَالْحَاكِمُ وَالْوَلِيُّ جَمِيعًا بِذَلِكَ ، فَعَلَى الْوَلِيِّ
الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ بَاشَرَ الْقَتْلَ عَمْدًا غَدَوَانًا ^(٦٦) ، وَتَبَيَّنَ أَنْ لَا يَجِبُ عَلَى غَيْرِهِ شَيْءٌ ؛
لَأَنَّهُمْ مُتَسَبِّبُونَ ، وَالْمُبَاشَرَةُ تُبَيِّطُ حُكْمَ السَّبَبِ ^(٦٧) ، كَالذَّائِعِ مَعَ الْحَافِرِ . وَفَارِقُ هَذَا مَا
إِذَا لَمْ يُقَرَّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّبِعْ حُكْمَ مُبَاشَرَةِ الْقَتْلِ عَلَى حَقِّهِ ظُلْمًا ، فَكَانَ وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ ،
وَيَكُونُ الْقِصَاصُ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ وَالْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّ الْجَمِيعَ مُتَسَبِّبُونَ . وَإِنْ صَارَ الْأَمْرُ إِلَى
الدِّيَّةِ ، فَهِيَ عَلَيْهِمْ أَثْلًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِالْحَاكِمِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّ تَسْبِيهَهُ أَخْصَصُ
مِنْ تَسْبِيهِهِمْ ؛ فَإِنْ حُكِّمَهُ وَاسْطَلَعَ بَيْنَ شَهَادَتَيْهِمْ وَقَتْلَهُ ، فَأُشْبِهَ الْمُبَاشَرَ مَعَ الْمُتَسَبِّبِ .
وَلَوْ كَانَ الْوَلِيُّ الْمُقَرَّرُ بِالتَّعَمُّدِ لَمْ يَبَاشِرِ الْقَتْلَ ، وَإِنَّمَا وَكَّلَ فِيهِ ، نَظَرْتُ فِي الْوَكِيلِ ؛ فَإِنْ
أَقَرَّ بِالْعِلْمِ ، وَتَعَمَّدَ الْقَتْلَ ظُلْمًا ، فَهُوَ الْقَاتِلُ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ لِلْقَتْلِ عَمْدًا ظُلْمًا مِنْ
غَيْرِ إِكْرَاهٍ ، فَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِهِ ، كَالْوَلِيِّ بِالْقَتْلِ فِي غَيْرِ هَذِهِ الصُّورَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْتَرَفْ
بِذَلِكَ ، فَالْحُكْمُ مُتَعَلِّقٌ بِالْوَلِيِّ ، كَالْوَلِيِّ بِبَاشَرِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٤١٧ - مسألة : قال : (فِيهِ الْقَوْدُ إِذَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْأَزْيَاءُ ، وَكَانَ الْمَقْتُولُ
حُرًّا مُسْلِمًا)

٧/٩ / أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ الْقَوْدَ لَا يَجِبُ إِلَّا بِالْعَمْدِ ، وَلَا نَعْلَمُ بَيْنَهُمْ فِي وَجُوبِهِ بِالْقَتْلِ
الْعَمْدِ إِذَا اجْتَمَعَتْ شُرُوطُهُ خِلَافًا ، وَقَدْ دَلَّتْ عَلَيْهِ الْآيَاتُ وَالْأَحْكَامُ بِعُمُومِهَا ، فَقَالَ اللَّهُ
تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِرِوَيْهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ﴾ ^(١) . وَقَالَ

(٦٥) ق ب ، م : د لمر .

(٦٦) ق ب : د وعدوانا .

(٦٧) ق ب : د المسبب .

(١) سورة الإسراء ٣٣ .

تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ ^(١) . وقال تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾ ^(٢) . يُرِيدُ - والله أعلم - أَنْ وَجُوبَ الْقِصَاصِ يَمْنَعُ مَنْ يُرِيدُ الْقَتْلَ مِنْهُ ، شَفَقَةً ^(٣) عَلَى نَفْسِهِ مِنَ الْقَتْلِ ، فَتَقْبَى الْحَيَاةُ فِي مَنْ أُرِيدَ قَتْلُهُ . وقيل : إِنَّ الْقَاتِلَ تَتَعَقَّدُ الْعَدَاوَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَبِيلَةِ الْمَقْتُولِ ، فَيُرِيدُ قَتْلَهُمْ خَوْفًا مِنْهُمْ . وَيُرِيدُونَ قَتْلَهُ وَقَتْلَ قَبِيلَتِهِ اسْتِيفَاءً ، فَفِي الْاِقْتِصَاصِ ^(٤) مِنْهُ بِحُكْمِ الشَّرْعِ قَطْعٌ لِسَبَبِ الْهَلَاكِ بَيْنَ الْقَبِيلَتَيْنِ . وقال الله تعالى : ﴿ وَكُنَّا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ نَكْفُسَ بِالنَّفْسِ ﴾ ^(٥) . الآية . وقال النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ؛ إِمَّا أَنْ يُقْتَلَ ، وَإِمَّا أَنْ يُغْدَى » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . وَرَوَى أَبُو شَرِيحٍ الْخَزَاعِيُّ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أُصِيبَ بِدَمٍ ، أَوْ خَيْلٍ ^(٧) ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ إِحْدَى ثَلَاثٍ ؛ فَإِنْ أَرَادَ الرَّابِعَةَ فَخُذُوا عَلَى يَدَيْهِ ؛ أَنْ يَقْتُلَ ، أَوْ يَغْفُو ، أَوْ يَأْخُذَ الدِّيَةَ » . رواه أَبُو دَاوُدَ ^(٨) . وفي لَفْظٍ : « فَمَنْ قُتِلَ لَهُ بَعْدَ مَقَاتِلِي قَتِيلٍ ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ؛ أَنْ يَأْخُذُوا الدِّيَةَ ، أَوْ يَقْتُلُوا » ^(٩) . وقال عليه السَّلَامُ : « الْعَمْدُ قَوْدٌ ، إِلَّا أَنْ يَغْفُوَ وَلِيُّ الْمَقْتُولِ » ^(١٠) . وفي لَفْظٍ : « مَنْ قَتَلَ

(٢) سورة البقرة ١٧٨ ..

(٣) سورة البقرة ١٧٩ .

(٤) في الأصل ، ب : « شَفَقًا » .

(٥) في الأصل : « الْاِقْتِصَاصُ » .

(٦) سورة المائدة ٤٥ .

(٧) تقدم تحريجه ، في صفحة ٤٤٨ .

(٨) الخيل : المجرح .

(٩) في : باب الإمام يأمر بالغفو في الدم ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٤٧٨/٢ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من قتل له قتيلا فهو بالخيار بين إحدى ثلاث ، من كتاب الدييات . سنن ابن ماجه

٨٧٦/٢ . والدارقطني ، في : باب الدية في قتل العمد ، من كتاب الدييات . سنن الدارقي ١٨٨/٢ . والإمام أحمد ،

في : المسند ٣١/٤ .

(١٠) أخرجه أبو داود ، في : باب ولي العمد يرضى بالدية ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٤٨٠/٢ .

(١١) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ٩٤/٣ . وابن أبي شيبه ، في : باب

من قال : العمد قود ، من كتاب الدييات . المصنف ٣٦٥/٩ .

عَامِدًا^(١٦) ، فَهُوَ قَوْدٌ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١٧) . وَفِي لَفْظِ رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ^(١٨) : « مَنْ قَتَلَ عَامِدًا^(١٩) ، فَهُوَ قَوْدٌ ، وَمَنْ حَالَ بَيْتُهُ وَبَيْتُهُ ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ^(٢٠) أَجْمَعِينَ ، لَا يُقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا عَدْلٌ » . وَقَوْلُ الْخِرَقِيِّ : إِذَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْأَوْلِيَاءُ .

يعنى إذا كان للمقتول أولياء يستحقون القصاص ، فمن شرط وجوبه اجتماعهم على طلبه ، ولو غفا واحد منهم ، سقط كله ، وإن كان^(٢١) بعضهم غائبًا ، أو غير مكلف ، لم يكن لشركائه^(٢٢) القصاص حتى يقدم الغائب ، ويختار القصاص ، أو يوكل ، ويبلغ الصبي ويفيق المجنون ويختاره . وقوله^(٢٣) : إذا كان المقتول حُرًا مسلمًا . يعنى مكافئًا للقاتل ، / فإذا كان القاتل حُرًا مسلمًا . اشترط كون المقتول حُرًا مسلمًا لتحقيق^(٢٤) المكافأة بينهما ، فإن^(٢٥) الكافر لا يكافى المسلم ، والعبد لا يكافى الحر .

٧/٩ ظ

فصل : وأجمع أهل العلم ، على أن الحر المسلم يقاد به قاتله ، وإن كان مجذع الأطراف ، معلوم الحواس ، والقاتل صحيح سوي الخلق ، أو كان بالعكس . وكذلك إن^(٢٦) تفاوتوا في العلم والشرف ، والغنى والفقر ، والصحة والمرضى ، والقوة والضعف ، والكبر والصغر ، والسلطان والسوقة ، وغير هذا من الصفات ، لم يمنع القصاص ، بالاتفاق ، وقد دلت عليه العمومات التي تلونها ، وقول النبي ﷺ :

(١٢) في مصادر التخریج : « عمدا » .

(١٣) في : باب من قتل في عتباء بين قوم ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٣٥٨/٢ ، وهو ابن ماجه ، في : باب من كآخرجه الناس ، في : باب من قتل بمجر أو سوط ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣٥٨/٢ ، وهو ابن ماجه ، في : باب من حال بين ولي المقتول وبين القود أو الدية ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦٣/١ .

(١٤) في الباب السابق ، كآخرجه أبو داود ، في الباب السابق أيضا .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) في ب : « لشريكه » .

(١٨) في م : « وقولهم » .

(١٩) في م : « لتحقيق » .

(٢٠) في م نهادة : « كان » .

(٢١) في ب : « إذا » .

« الْمُؤْمِنُونَ تَكَافَأُوا^(٢٢) دِمَاؤُهُمْ^(٢٣) ». ولأنَّ اغْتِيَابَ التَّسَاوِي فِي الصِّفَاتِ وَالْفَضَائِلِ ، يُفْضِي إِلَى إِسْقَاطِ الْقِصَاصِ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَقَوَاتِ حِكْمَةِ الرَّدْعِ وَالزُّجْرِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَسْقُطَ اغْتِيَابُهُ ، كَالطَّوِيلِ وَالْقَصِيرِ ، وَالسَّوَادِ وَالْبَيَاضِ .

فصل : ولا يَشْتَرُطُ في وجوب القصاص كون القتل في دار الإسلام ، بل متى قُتِلَ في دار الحرب مُسْلِمًا عَامِدًا عَالِمًا بِإِسْلَامِهِ ، فعليه القَوْدُ ، سواء كان قد هَاجَرَ أو لم يَهِاجِرْ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجب القصاص بالقتل في غير دار الإسلام ، فإن لم يكن المقتول هاجر ، لم يضمنه بقصاص ولا دية ، عَمْدًا قَتَلَهُ أو سَخَطًا ، وإن كان قد هاجر ، ثم عاد إلى دار الحرب ، كَرَجُلَيْنِ مُسْلِمَيْنِ دَخَلَا دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ ، فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، ضَمِنَهُ بِالْذِّيَّةِ ، ولم يجب القَوْدُ . وحكى عن أحمد رواية كقوليه . ولو قُتِلَ رَجُلًا سَيِّئًا مُسْلِمًا في دار الحرب ، لم يضمنه إلا بالذِّيَّةِ ، عَمْدًا قَتَلَهُ أو سَخَطًا . ولنا ، ما ذكرنا من الآيات والأخبار ، ولأنَّه قُتِلَ مِنْ يَكْفِيفِهِ عَمْدًا ظُلْمًا ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ الْقَوْدُ ، كما لو قَتَلَهُ في دار الإسلام ، ولأنَّ كُلَّ دَارٍ يَجِبُ فِيهَا الْقِصَاصُ إِذَا كَانَ فِيهَا إِمَامٌ ، يَجِبُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إِمَامٌ ، كدَارِ الْإِسْلَامِ .

فصل : وقُتِلَ الْغِيلَةُ وَغَيْرُهُ سَوَاءً فِي الْقِصَاصِ وَالْعَفْوِ ، وذلك للوَلْيِ دُونَ السُّلْطَانِ . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وابن المنذر . وقال مالك : الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنْ يَغْتُلَّ بِهِ ، وليس لَوَلِيِّ الدِّمِّ أَنْ يَغْفُو عَنْهُ ، وذلك إلى السُّلْطَانِ . / والغيلة عنده ، أَنْ يُخَدِّعَ الْإِنْسَانَ ، فَيُدْخُلَ بَيْتًا أو نَحْوَهُ ، فَيُغْتَلَّ أو يُؤْخَذَ مَالُهُ . ولَعَلَّهُ يَحْتَجُّ بِقَوْلِ عُمَرَ ، فِي

٨/٩

(٢٢) في الأصل ، اءم : « تكافأ » .

(٢٣) أخرجه البخاري ، في : باب حرم المدينة ، من كتاب فضائل المدينة ، وفي : باب ذمة المسلمين ، من كتاب الجزية ، وفي : باب إثم من تيرأمن مواليه ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب ما يكره من الصنع والتأخر في العلم ... من كتاب الاحتصام . صحيح البخاري ٢٦/٣ ، ١٢٢/٤ ، ١٩٢/٨ ، ١٢٠/٩ . وسلم ، في : باب فضل المدينة ... من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٩٩/٢ . وأبو داود ، في : باب تحريم المدينة ، من كتاب المناسك ، وفي : باب أبقاد المسلم بالكفر ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٢٦٩/١ ، ٤٨٨ . والنسائي ، في : باب القود بين الأحرار والمماليك في النفس ، وباب سقوط القود من المسلم للكافر ، من كتاب القسامة . المجتبى ١٨/٨ ، ٢١ ، ٢٢ . وابن ماجه ، في : باب المسلمون تكافأ دماؤهم ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٩٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١٩/١ ، ١٢٢ ، ١٢٦ ، ١٥١ ، ١٨٠/٢ ، ١٩٢ ، ٢١١ ، ٢١٥ ، ٣٩٨ .

الذى قُتِلَ غيلةً : لو لم أَلَأَ عليه^(٢٤) أهلُ صنْعاءَ لَأَقْدَتْهُمُ^(٢٥) . به^(٢٦) وبقياسيه على المحارب . ولنا ، عُمومُ قوله تعالى : ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا ﴾^(٢٧) . وقولُ النبي ﷺ : فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ^(٢٨) . ولأنه قُتِلَ في غيرِ الشَّحَارِيَةِ ، فكان أمرُهُ إلى وَلِيِّهِ ، كسائرِ القَتْلَى ، وقولُ عَمْرٍ : لَأَقْدَتْهُمُ به^(٢٩) . أى أَمَكَنْتُ الْوَلِيَّ من اسْتِيفَاءِ الْقَوْدِ منهم .

فصل : وإذا قَتَلَ رَجُلًا ، وادَّعى أَنَّهُ وَجَدَهُ مع امرأته ، أو أَنَّهُ قَتَلَهُ دَفْعًا عن نَفْسِهِ ، أو أَنَّهُ دَخَلَ مَنْزِلَهُ يَكْأْبُرُهُ على مَالِهِ ، فلم يَقْدِرْ على دَفْعِهِ إِلَّا بِقَتْلِهِ ، لم يَقْبَلْ قوله إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وَلِزِمَهُ الْقِصَاصُ . رُوِيَ نَحْوُ ذَلِكَ عن عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .^(٣٠) وبه قال الشافعيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ الْمُثَنِّيرِ . ولا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ، وسواءُ وَجَدَ في دارِ الْقَاتِلِ ، أو في غيرِها ، أو وَجَدَ معه سِلَاحٌ ، أو لم يُوْجَدْ ؛ لما رُوِيَ عن عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٣١) ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ مَنْ وَجَدَ مع امرأته رَجُلًا قَتَلَهُ ، فقال : إن لم يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ، فَلْيُعْطِ بَرْمَتَهُ^(٣٢) . ولأنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ ما يَدَّعِيهِ ، فلا يَثْبُتُ بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى . وإن اعْتَرَفَ الْوَلِيُّ بِذَلِكَ ، فلا قِصَاصُ

(٢٤) في الأصل ، ب : عليه .

(٢٥) في م : لاقتلهم .

(٢٦) في الأصل : به .

وأخرجه البخاري ، في : باب إذا أصاب قوم من رجل ... ، من كتاب الديات . صحيح البخاري ١٠/٩ ، وإتمام مالك ، في : باب ما جاء في الغيلة والسر ، من كتاب العقول . الموطن ٨٧١/٢ . والدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ٢٠٢/٣ ، وعبد الرزاق ، في : باب التفرقة بقتل الرجل ، من كتاب العقول . المصنف ٤٧٦/٩ . وانظر : نصب الرأية ٣٥٣/٤ .

(٢٧) في ب بعه : ﴿ فلا يسرف في القتل ﴾ .

(٢٨) انظر ما تقدم في صفحة ٤٤٨ ، ٤٥٨ .

(٢٩) سقط من ب . نقل نظر .

(٣٠) أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يجد مع امرأته الرجل فيقتله ، من كتاب الأشرطة والحد فيها . السنن الكبرى ٣٣٧/٨ . وعبد الرزاق ، في : باب الرجل يجد على امرأته رجلا ، من كتاب العقول . المصنف ٤٣٣/٩ ، ٤٣٤ . وابن أبي شبة ، في : باب الرجل يجد مع امرأته رجلا فيقتله ، من كتاب الديات . المصنف ٤٠٣/٩ . وأعطى برمته : أى بجملة .

عليه ولا دية ؛ لما روى عن عمر ، رضى الله عنه ، أنه كان يوماً يتعدى ، إذ جاءه رجل يتعدو ، وفى يده سيف ملطخ بالدم ، ووراءه قوم يتعدون خلفه ، فجاء حتى جلس مع عمر ، فجاء الآخرون ، فقالوا : يا أمير المؤمنين ، إن هذا قتل صاحبنا . فقال له عمر : ما يقولون ؟ فقال : يا أمير المؤمنين ، إني ضربت فخذى امرأتى ، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته . فقال عمر : ما يقول ؟ قالوا : يا أمير المؤمنين ، إنه ضرب بالسيف ، فوقع فى وسط^(٣١) الرجل و^(٣٢) فخذى المرأة . فأخذ عمر سيفه فهزّه ، ثم دفعه إليه ، وقال : إن عادوا فعُد . رواه سعيد فى « سنينه »^(٣٣) . وروى عن الزبير ، أنه كان يوماً قد خلّف^(٣٤) عن الجيش ، ومعه جارية له ، فأتاه رجلان فقالا : أعطنا شيئاً . فالتقى إليهما طعماً كان معه ، فقالا : خلّ عن الجارية . فضربتهما بسيفه ، فقطعتهما بضربة واحدة^(٣٥) . ولأنّ الخصم اعترف بما يبيح / قتله ، فسقط حقه ، كما لو أقر بقتله قصاصاً ، أو فى حدّ يوجب قتله . وإن ثبت ذلك بينة ، فذلك .

٨/٩

١٤١٨ - مسألة : قال : (وشبه العمد ما ضربته بخشبة صغيرة ، أو حجر صغير ، أو لكره ، أو فعل به فعلاً ، الأغلب من ذلك الفعل أنه لا يقتل مثله ، فلا قود فى هذا ، والدية على العاقلة)

شبه العمد أحد أقسام القتل ، وهو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالباً ؛ إما لقصد العدوان عليه ، أو لقصد التأديب له ، فيُسرف فيه ، كالضرب بالسوط ، والعصا ، والحجر الصغير ، والوكر باليد^(١) ، وسائر ما لا يقتل غالباً إذا قتل ، فهو شبه عمد ؛ لأنه قصد الضرب دون القتل ، ويسمى عمد الخطأ وخطأ العمد ؛ لاجتماع العمد

(٣١-٣٢) سقط من : ب ، م .

(٣٢) لم نجده فيما بين أيدينا من سنن سعيد . وانظر : إرواء الغليل ٢٧٤/٧ .

(٣٣) ق ب : : خلف .

(٣٤) انظر : الأخبار الموقفات ٣٨٢ .

(١) ق ب ، م : : واليد .

والخطأ فيه ، فإنه عمَد الفعل ، وأخطأ في القتل ، فهذا لا قود فيه . والدية على العاقلة ، في قول أكثر أهل العلم . وجعله مالك عمداً موجباً للقصاص ؛ لأنه ^(١) ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ ، فمن زاد قسمًا ثالثاً ، زاد على النص ، ولأنه قتله بفعل عمده ، فكان عمداً ، كما لو غرزه بإبرة فقتله . وقال أبو بكر من أصحابنا : تجب الدية في مال القاتل . وهو قول ابن شبرمة ؛ لأنه موجب فعل عميد ، فكان في مال القاتل ، كسائر الجنائيات . ولنا ، ما روى أبو هريرة ، قال : اقتتل امرأتان من هذيل ، فرمى إحداهما الأخرى بحجر ، فقتلها وما في بطنها ، فقضى النبي ﷺ أن دية جبينها عمداً أو وليدة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها . متفق عليه ^(٢) . فأوجب ديتها على العاقلة ، والعاقلة لا تحمِل عمداً ، وأيضاً قول النبي ﷺ : « ألا ^(٣) إن في قتيل خطأ العميد ، قتيل السوط والعصا والحجر ، مائة من الإبل » ^(٤) . وفي لفظ ، أن النبي ﷺ قال : « عقل شبه العميد مغلظ ، مثل عقل العميد ، ولا يقتل صاحبه » . رواه أبو داود ^(٥) . وهذا نص ، وقوله هذا قسم ثالث . قلنا : نعم ، هذا ثبت بالسنة ، والقسمان الأولان ثبتا بالكتاب ، ولأنه قتل لا يوجب القود ، فكانت ديته على العاقلة ، كقتل الخطأ .

١٤١٩ - مسألة : قال (والخطأ على ضربين ؛ أحدهما أن يرمى الصيد ، أو

(٢) في م : ولأنه .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب الكهانة ، من كتاب الطب ، وفي : باب جنين المرأة ، وباب جنين المرأة وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد ، من كتاب الديات . صحيح البخاري ١٧٥/٧ ، ١٤/٩ ، ١٥ . ومسلم ، في : باب دية الجنين ... ، من كتاب القسامة . صحيح مسلم ١٣٠٩/٣ ، ١٣١٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب دية الجنين ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٩٨/٢ ، ٤٩٩ . والنسائي ، في : باب دية جنين المرأة ، من كتاب القسامة . المجتبى ٤٢/٨ ، ٤٣ . وابن ماجه ، في : باب دية الجنين ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٢/٢ . والدارمي ، في : باب دية الخطأ على من هوى ، من كتاب الديات . سنن الدارمي ١٩٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٧٤/٢ ، ٥٣٥ .

(٤) في م : لا .

(٥) تقدم ترجمه ، في صفحة ٤٤٧ .

(٦) في : باب ديات الأعضاء ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٩٦/٢ .

يَفْعَلُ مَا يَجُوزُ لَهُ فَعَلَهُ ، فَيَتَوَلَّى إِلَى الْإِلَافِ حُرٌّ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، فَتَكُونُ / الدِّينَةُ عَلَى عَائِلَتِهِ ، وَعَلَيْهِ عَتَقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ (

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الْخَطَأَ أَنْ يَفْعَلَ فِعْلًا لَا يُرِيدُ بِهِ إِصَابَةَ الْمَقْتُولِ ، فَيُصِيبُهُ وَيَقْتُلُهُ ، مِثْلُ أَنْ يَرْمِيَ صَيْدًا أَوْ هَدَفًا ، فَيُصِيبُ إِنْسَانًا فَيَقْتُلُهُ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّ الْقَتْلَ الْخَطَأَ ، أَنَّ يَرْمِيَ الرَّامِيَ شَيْئًا ، فَيُصِيبُ غَيْرَهُ ، لَا أَعْلَمُهُمْ يَخْتَلِفُونَ فِيهِ . هَذَا قَوْلُ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَقَتَادَةَ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَابْنِ شَبْرُمَةَ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . فَهَذَا الضَّرْبُ مِنَ الْخَطَايَا تَحِبُّ بِهِ الدِّينَةُ عَلَى الْعَائِلَةِ ، وَالْكَفَّارَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ لَعَلَّمَهُ . وَالْأَصْلُ فِي وَجُوبِ الدِّينَةِ وَالْكَفَّارَةِ ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ﴾ ^(١) . وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَقْتُولُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا لِهَذَا عَهْدٌ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ يَتَّبِعُكُمْ وَيَتَّبِعُهُمْ مِيثَاقَ فِدْيَةٍ مُسْلَمَةٍ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ ^(٢) . وَلَا قِصَاصَ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَوْجَبَ بِهِ الدِّينَةَ ، وَلَمْ يَذْكُرْ قِصَاصًا ، وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ ، وَالنَّسْيَانُ ، وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ » ^(٣) . وَلِأَنَّهُ لَمْ يُوجِبِ الْقِصَاصَ فِي عَمْدِ الْخَطَأِ ، فَقِي الْخَطَأُ أَوَّلَى .

فصل : وَإِنْ قَصَدَ فِعْلًا مُحَرَّمًا ، فَقَتَلَ آدَمِيًّا ، مِثْلُ أَنْ يَقْصِدَ قَتْلَ بَهِيمَةٍ ، أَوْ آدَمِيًّا مَعْصُومًا ، فَيُصِيبُ غَيْرَهُ ، فَيَقْتُلُهُ ، فَهُوَ خَطَأٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ قَتْلَهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ الْقَتْلَ الْخَطَأَ ، أَنَّ يَرْمِيَ الرَّامِيَ شَيْئًا ، فَيُصِيبُ غَيْرَهُ . وَيَخْرُجُ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّ هَذَا عَمْدٌ ؛ لِقَوْلِهِ فِي مَنْ رَمَى نَصْرَانِيًّا ، فَلَمْ يَقَعْ بِهِ السُّهْمُ حَتَّى اسْتَلَمَ ، أَنَّهُ عَمْدٌ يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ ؛ لِكُرْهِهِ قَصْدَ فِعْلٍ مُحَرَّمٍ ، قَتْلَ بِهِ إِنْسَانًا .

(١) سُورَةُ النِّسَاءِ ٩٢ .

(٢) تَقْدِيمُ تَحْرِيمِهِ ، ل : ١٤٦/١ .

١٤٢٠ - مسألة : قال : (والعُزْبُ الثاني ، أن يُقتل في بلاد الروم من عنده أله كافر ، ويكون قد أسلم ، وحكم إسلامه ، إلى أن يُقدَّر على التخلُّص ^(١) إلى أرض الإسلام ، فيكون عليه في ماله عتق رَقبة مؤمنة ، بِلَا دِيَّة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُمْ مُؤْمِنٌ فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ ^(٢))

هذا الضرب الثاني من الخطأ ، وهو أن يقتل في دار ^(٣) / الحرب من يظنه كافراً ، ويكون مسلماً . ولا خلاف في أن هذا خطأ ، لا يوجب قصاصاً ، لأنه لم يقصد قتل مسلم ، فأشبه ما لو ظنه صيداً فبان آدمياً ، إلا أن هذا لا يجب به ^(٤) دية أيضاً ، ولا يجب إلا الكفارة . روى ^(٥) هذا عن ابن عباس . وبه قال عطاء ، ومجاهد ، وعكرمة ، وقادة ، والأوزاعي ، والثوري ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة . وعن أحمد ، رواية أخرى ، تجب به الدية والكفارة . وهو قول مالك ، والشافعي ، لقول الله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾ ^(٦) . وقال عليه السلام : « ألا إن في قتيل خطأ العميد ، قتيل السوط والعصا ، مائة من الإبل » ^(٧) . ولأنه قتل مسلماً خطأ ، فوجب دية ، كما لو كان في دار الإسلام . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُمْ مُؤْمِنٌ فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ . ولم يذكر دية ، وذكرها في هذا القسم ، مع ذكرها في الذي قبله وبعده ، ظاهر في أنها غير واجبة ، وذكره لهذا ^(٨) قسمًا مفردًا ، يدل على أنه لم يَدْخُل في عموم الآية التي احتجوا بها ، ومخصص بها عموم الخبر الذي رَوَّه .

١٤٢١ - مسألة : قال : (وَلَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ)

(١) في ب : التخليص .

(٢) سورة النساء ٩٢ .

(٣) في ب ، م : أرض .

(٤) في ب : فيه .

(٥) في م : وروى .

(٦) تقدم تحريمه ، في : ٢٤٠/٦ .

(٧) في ب : هذا .

أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ لَا يُوجِبُونَ عَلَى مُسْلِمٍ قِصَاصًا بِقَتْلِ كَافِرٍ ، أَيْ كَافِرٍ كَانَ . رُويَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعُثْمَانَ ، وَعَلِيٍّ ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، وَمَعَاوِيَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَعَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَعِكْرِمَةُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَابْنُ شَبَّازٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَزْهَرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ النَّخَعِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُقْتَلُ الْمُسْلِمُ بِالذَّمِّ خَاصَّةً . قَالَ أَحْمَدُ : الشَّعْبِيُّ وَالنَّخَعِيُّ قَالَا : دِيَّةُ الْمَجُوسِيِّ وَالْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ ، مِثْلُ دِيَّةِ الْمُسْلِمِ ، وَإِنْ قُتِلَ يُقْتَلُ بِهِ . هَذَا عَجَبٌ ، يَصِيرُ الْمَجُوسِيُّ مِثْلَ الْمُسْلِمِ ، سُبْحَانَ اللَّهِ ، مَا هَذَا الْقَوْلُ ! وَاسْتَبَشَعَهُ . وَقَالَ : النَّبِيُّ ﷺ يَقُولُ : « لَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ » ^(١) . وَهُوَ يَقُولُ : يُقْتَلُ بِكَافِرٍ . فَأَيُّ شَيْءٍ أَشَدُّ مِنْ هَذَا ! وَاجْتَنَبُوا بِالْعُمُومَاتِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا فِي (أَوَّلِ الْبَابِ) ، وَبِمَا رَوَى ابْنُ الْبَيْلِكَانِيِّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، أَقَادَ مُسْلِمًا يَدْمِيَّ ، وَقَالَ : « أَنَا أَحَقُّ مَنْ وَفَى (٢) بِدِمَّتِهِ » ^(٣) . وَلَا أَنَّهُ مَعْصُومٌ عَصْمَةً مُؤَبَّدَةً ، فَيُقْتَلُ بِهِ / قَاتِلُهُ ، كَالْمُسْلِمِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ ، وَيَسْتَعَى بِدِمَّتِهِمْ أَذْنَاهُمْ ، وَلَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ » . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَأَبُو دَاوُدَ ^(٤) . وَفِي لَفِظٍ : « لَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ » .

١٠/٩

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ كِتَابَةِ الْعِلْمِ ، مِنْ كِتَابِ الْعِلْمِ ، وَفِي : بَابِ فَكَاكَ الْأَسِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ وَالسَّيْرِ ، وَفِي : بَابِ الْعَاقِلَةِ ، وَبَابِ لَا يَقْتُلُ الْمُسْلِمَ بِالْكَافِرِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَّاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣٨/١ ، ٤٨/٤ ، ١٤/٩ ، ١٦ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ أَهْقَادِ الْمُسْلِمِ بِالْكَافِرِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَّاتِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٤٨٨/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ لَا يَقْتُلُ مُسْلِمًا بِكَافِرٍ ، مِنْ أَبْوَابِ الدِّيَّاتِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٨١/٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْقُدُورِ بَيْنَ الْأَحْرَارِ وَالْمَالِيكِ فِي النَّفْسِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمَجْتَبَى ١٨/٨ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَقْتُلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَّاتِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ١٩٠/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٧٩/١ .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « بَعْدَهُ وَ » .

(٤) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ الْحُدُودِ وَالْدِّيَّاتِ وَغَيْرِهِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ١٣٥/٣ . وَابْنُ أَبِي عَرِينَةَ ، فِي : بَابِ بَيَانِ ضَعْفِ الْحَبْرِ الَّذِي رَوَى فِي قَتْلِ الْمُؤْمِنِ بِالْكَافِرِ وَمَا رَوَى عَنْ الصَّحَابَةِ فِي ذَلِكَ ، مِنْ كِتَابِ الْجَنَائِمِ . السَّنَنِ الْكِبَرِيِّ ٣٠/٨ ، ٣١ . وَالْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ ، انْظُرْ : كِتَابِ الدِّيَّاتِ . تَرْتِيبُ الْمُسْنَدِ ١٠٥/٢ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ قَوْلِ الْمُسْلِمِ بِالذَّمِّ ، مِنْ كِتَابِ الْمُقُولِ . الْمُصَنَّفِ ١٠١/١٠ .

(٥) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي صَفْحَةِ ٤٦٠ .

رواه البخاري، وأبو داود . وعن علي رضي الله عنه أنه ^(٦) قال : من السنة أن لا يقتل مسلم بكافر . رواه الإمام أحمد ^(٧) . ولأنه منقوص بالكفر ، فلا يقتل به المسلم ، كالمستأمن ، والعمومات مخصوصات بحديثنا ، وحديثهم ليس له إسناد . قاله أحمد . وقال الدارقطني : يرويه ابن أبي عمير ، وهو ضعيف إذا استند ، فكيف إذا أرسل ^(٨) ؟ والمعنى في المسلم أنه مكافئ للمسلم ، بخلاف الذمي ، فأما المستأمن ، فوافق أبو حنيفة الجماعة في أن المسلم لا يقاد به ، وهو المشهور عن أبي يوسف . وعنه : يقتل به ؛ لما سبق في الذمي . ولنا ، أنه ليس بمحقق الدم على التأييد ، فأشبهه الحرابي ، مع ما ذكرنا من الدليل في التي قبلها .

فصل : فإن قتل كافر كافراً ثم أسلم القاتل ، أو جرحه ثم أسلم الجارح ، ومات المجرور . فقال أصحابنا : يقتص منه . وهو قول الشافعي ؛ لأن القصاص عقوبة ، فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها ، كالحود ، ولأنه ^(٩) حق وجب عليه قبل إسلامه ، فلم يسقط بإسلامه ، كالذنين . ويحتمل أن لا يقتل به . وهو قول الأوزاعي ؛ لقول النبي ﷺ : « لا يقتل مسلم ^(١٠) بكافر » . ولأنه مؤمن ، فلا يقتل بكافر ، كما لو كان مؤمناً حال قتله ، ولأن إسلامه لو فارق السبب ، منع عمله ، فإذا طرأ ، أسقط ^(١١) حكمه .

فصل : وإن جرح مسلم كافراً ، فأسلم المجرور ، ثم مات مسلماً بغير إبرة

(٦) سقط من : م .

(٧) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٣٤/٣ . وابن أبي شيبة ، في : باب من قال : لا يقتل مسلم بكافر ، من كتاب الديات . المصنف ٢٩٥/٩ . وليس في المسند . انظر : الإرواء ٢٦٧/٧ .

(٨) انظر موضع تخریج الحديث من سنن الدارقطني ١٣٥/٣ .

(٩) سقطت الواو من : م .

(١٠) في الأصل : « مؤمن » . وهي رواية .

(١١) في م : « سقط » .

الجُرح ، لم يُقتل به قاتله ؛ لأنَّ التَّكافؤَ مَعْدُومٌ حَالُ الْجِنَايَةِ ، وعليه دِيَّةٌ مُسْلِمٌ ، لأنَّ اعتبارَ الأَرْضِ بِحَالَةِ اسْتِقْرَارِ الْجِنَايَةِ ، بِدَلِيلٍ مَالُو قَطَعَ يَدَي رَجُلٍ وَرَجُلِيهِ ، فَسَرَى إِلَى نَفْسِهِ ، ففِيهِ ^(١٢) دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ ، وَلَوْ اغْتَبِرَ حَالُ الْجُرح ، وَجَبَ دِيَّتَانِ ، وَلَوْ قَطَعَ حُرٌّ يَدَ عَبْدٍ ، ثُمَّ عَتَقَ وَمَات ، لَمْ يَجِبْ قِصَاصٌ ؛ لَعَدَمِ التَّكافؤِ ^(١٣) حَالُ الْجِنَايَةِ ، وَعَلَى الْجَانِي دِيَّةٌ حُرٌّ اغْتِبَارًا بِحَالِ الاسْتِقْرَارِ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَمِزْهَبُ ^(١٤) الشَّافِعِيِّ . / وَلِلسَّيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ، مِنْ نِصْفِ قِيَمَتِهِ ، أَوْ نِصْفِ دِيَّةِ حُرٍّ ، وَالْباقِي لَوَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّ نِصْفَ قِيَمَتِهِ إِنْ كَانَتْ أَقْلُ ، فَهِيَ الَّتِي وُجِدَتْ فِي مِلْكِهِ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَ حَصَلَ بِحُرَّتِهِ ، وَلَا حَقَّ لَهُ فِيمَا حَصَلَ بِهَا ، وَإِنْ كَانَ الْأَقْلُ الدِّيَّةَ ، لَمْ يَسْتَحِقْ أَكْثَرَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ نَقْصَ الْقِيَمَةِ حَصَلَ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ، ^(١٥) «وَهُوَ إِعْتَاقُهُ» . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ ، فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ، فِي مَنْ فَقَّاعَيْنِي عَبْدٍ ، ثُمَّ أُعْتِقَ وَمَات ، أَنَّ عَلَى ^(١٦) الْجَانِي قِيَمَتَهُ لِلْسَّيِّدِ . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّ الِاعْتِبَارَ بِحَالِ الْجِنَايَةِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَأَبِي الْخَطَّابِ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : مَنْ قَطَعَ يَدَ ذِمِّيٍّ ، ثُمَّ أَسْلَمَ وَمَات ، ضَمِنَهُ بِدِيَّةِ ذِمِّيٍّ ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ ، فَأَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ وَمَات ، فَعَلَى الْجَانِي قِيَمَتُهُ لِلْسَّيِّدِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْقِصَاصِ مُعْتَبَرٌ بِحَالِ الْجِنَايَةِ ، دُونَ حَالِ السَّرَايَةِ ، فَكَذَلِكَ الدِّيَّةُ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ سِرَايَةَ الْجُرحِ مَضْمُونَةٌ ، فَإِذَا أَتَلَفْتَ ^(١٧) حُرًّا مُسْلِمًا ، وَجَبَ ضَمَانُهُ بِدِيَّةٍ كَامِلَةٍ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ بِجُرحٍ ثَانٍ . وَقَوْلُ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ فَقَّاعَيْنِي عَبْدٍ : عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ لِلْسَّيِّدِ . لَا خِلَافَ فِيهِ ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي وَجُوبِ الزَّائِدِ عَلَى الْقِيَمَةِ مِنْ دِيَّةِ الْحُرِّ لِلْوَرَثَةِ ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ أَحْمَدُ . وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ مُقَدَّرٌ بِمَا تُفْضِي إِلَيْهِ السَّرَايَةُ ، دُونَ مَا تُثْلِفُهُ الْجِنَايَةُ ، بِدَلِيلٍ أَنَّ مَنْ قَطَعَتْ يَدَاهُ ^(١٨) وَرَجُلَاهُ ، فَسَرَى الْقَطْعُ إِلَى نَفْسِهِ ،

١٠/٩ ظ

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في ب : هَادِة : ١ في ٤ .

(١٤) في م : ١ وهو مذهب ٤ .

(١٥) (١٥-١٥) في م : ١ وإعْتَاقُهُ ٤ .

(١٦) في ب : ١ أَتَلَفَ ٤ .

(١٧) في ب : ١ يَدُهُ ٤ .

لم يلزم الجاني أكثر من دية ، ولو قطع أصبغا ، فسرى إلى نفسه ، لوجبت الدية كاملة ، فكذا إذا سرت إلى نفس حر مسلم ، تجب دية كاملة . فأما إن جرح مؤثما ، أو حربيا ، فسرى الجرح إلى نفسه ، فلا قصاص فيه ولا دية ، سواء أسلم قبل السراية أو لم يسلم ؛ لأن الجرح غير مضمون ، فلم يضمن بريته ، بخلاف التي قبلها .

فصل : ولو قطع يد مسلم فارتد ، ثم مات بمرأية الجرح ، لم يجب في النفس قصاص ولا دية ولا كفارة ؛ لأنها نفس مؤثمة غير معصوم ولا مضمون ، وكذلك لو قطع يد ذمي فصار حربيا ، ثم مات من جراحه . وأما اليد ، فالصحيح أنه لا قصاص فيها .

وذكر^(١٨) القاضي وجهها في وجوب القصاص فيها ؛ لأن القطع استقر / حكمه بانقطاع حكم سريته ، فأشبهه ما لو قطع طرفه ثم قتله ، أو جاء آخر فقتله ، وللشافعي في وجوب القصاص قولان . ولنا ، أنه قطع هو قتل^(١٩) لم يجب به القتل ، فلم يجب القطع ، كما لو قطع من غير مفصل ، وفارق ما قاسوا عليه ، فإن القطع لم يصير قتلا . وهل تجب دية الطرف ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا ضمان فيه ؛ لأنه تبين أنه قتل لغير معصوم . والثاني ، تجب ؛ لأن سقوط حكم سريته الجرح^(٢٠) لا يسقط ضمانه ، كما لو قطع طرف رجل ، ثم قتله آخر . فعلى هذا ، هل يجب ضمانه بدية المقطوع ، أو بأقل الأمرين من دية أو دية النفس ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، تجب دية المقطوع ، فلو قطع يده ورجليه ، ثم ارتد ومات ، ففيه ديتان ؛ لأن الردة قطعت حكم السراية ، فأشبهه انقطاع حكمها بالدمالها ، أو بقتل آخر له . والثاني ، يجب أقل الأمرين ؛ لأنه^(٢١) لو لم يرتد لم يجب أكثر من دية النفس ، فمع الردة أولى ، ولأنه قطع صار قتلا ، فلم يجب أكثر من دية ، كما لو لم يرتد ، وفارق أصل الوجه الأول ، فإنه لم يصير قتلا ، ولأن الالتمال والقتل منع وجود السراية ، والردة منعت ضمانها ، ولم تمنع جعلها قتلا . وللشافعي من التفصيل نحو ما قلنا .

(١٨) في الأصل : وذكره .

(١٩) في ب : قبل .

(٢٠) في ب ، م : الجراح .

(٢١) في ا ، ب ، م : لأنه .

فصل : وإن قَطَعَ مُسْلِمٌ يَدَ نَصْرَانِيٍّ قَتَمَجَسَ ، وَقُلْنَا : لَا يُقَرُّ . فهو كالو^(٢٢) جَنَى على مُسْلِمٍ فَارْتَدَّ . وإن قُلْنَا : يُقَرُّ عليه . وَجَبَتْ دِيَّةُ مُجُوسِيٍّ . وإن قَطَعَ يَدَ مُجُوسِيٍّ ، فَتَقَصَّرَ ، ثم مات ، وَقُلْنَا : يُقَرُّ . وَجَبَتْ دِيَّةُ نَصْرَانِيٍّ . ويَجِبُ على قولِ أُنَى بَكْرٍ والقاضِي ، أَن تَجِبَ دِيَّةُ نَصْرَانِيٍّ فِي الْأُولَى ، وَدِيَّةُ مُجُوسِيٍّ فِي الثَّانِيَةِ ، كَقَوْلِهِمْ فِي مَنْ جَنَى عَلَى عَبْدٍ ذِمِّيٍّ فَأَسْلَمَ وَعَتَقَ ، ثم مات من الجِنَايَةِ ، ضَمِنَتْهُ بِقِيَمَةِ عَبْدٍ ذِمِّيٍّ ، اعتبارًا بِحَالِ الجِنَايَةِ .

فصل : وإن قَطَعَ يَدَ مُسْلِمٍ فَارْتَدَّ ، ثم أَسْلَمَ ومات ، وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى قَاتِلِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، رحمه الله ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكِّمِ . وقال القاضِي : يَتَوَجَّهُ عِنْدِي أَنَّهُ إِنْ كَانَ زَمَنُ الرَّدَّةِ تَسْرِي فِي مِثْلِهِ الجِنَايَةِ ، لم يَجِبِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ . وهل يَجِبُ فِي الطَّرَفِ الَّذِي قُطِعَ فِي إِسْلَامِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ يَجِبُ بِالْجِنَايَةِ وَالسَّرَايَةِ كُلِّهَا ، فَإِذَا لم يُوجَدْ / جَمِيعُهَا فِي الْإِسْلَامِ ، لم يَجِبِ الْقِصَاصُ ، كَالْوَجَرَ جَرَحَهُ جُرْحَيْنِ ، أَحَدُهُمَا فِي الْإِسْلَامِ ، وَالْآخَرُ فِي الرَّدَّةِ ، فَمَاتَ مِنْهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُسْلِمٌ حَالِ الجِنَايَةِ وَالْمَوْتِ ، فَوَجَبَ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ ، كَالْوَجَرَ لم يَرْتَدَّ ، واحْتِمَالُ السَّرَايَةِ حَالِ الرَّدَّةِ لَا يَمْنَعُ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ ، فَلَا يَجُوزُ تَرْكُ السَّبَبِ الْمَعْلُومِ بِاحْتِمَالِ الْمَانِعِ ، كَمَا لو لم يَرْتَدَّ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَمُوتَ بِمَرَضٍ أَوْ بِسَبَبٍ آخَرَ ، أَوْ بِالْجُرْحِ^(٢٣) مَعَ شَيْءٍ آخَرَ يُؤَثِّرُ فِي الْمَوْتِ ، فَأَمَّا الدِّيَّةُ ، فَتَجِبُ كَامِلَةً . وَيَحْتَمِلُ وَجُوبُ نَصْفِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ مِنْ جُرْحٍ مَضْمُونٍ وَسَرَايَةٍ غَيْرِ مَضْمُونَةٍ ، فَوَجَبَ نَصْفُ الدِّيَّةِ ، كَالْوَجَرَ جَرَحَهُ إِنْسَانٌ وَجَرَ حَ نَفْسَهُ ، فَمَاتَ مِنْهُمَا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ زَمَنُ الرَّدَّةِ لَا تَسْرِي فِي مِثْلِهِ الجِنَايَةِ ، فَفِيهِ الدِّيَّةُ أَوْ الْقِصَاصُ . وقال الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لَا قِصَاصَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ انْتَهَى إِلَى حَالٍ لَوْ مَاتَ لم يَجِبِ الْقِصَاصُ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا مُتَكَافِئَانِ حَالِ الجِنَايَةِ وَالسَّرَايَةِ وَالْمَوْتِ ، فَأَشْبَهَ مَا

(٢٢) سقط من : الأصل ، م .

(٢٣) في ب : ١١ وبالجرح .

لو^(٢٤) لم يَرْتَدَّ . وإن كان الجَرْحُ حَطًّا وجبت الكفارة بكلِّ حالٍ ، لأنَّه قَوَّتْ نَفْسًا مَعْصُومَةً .

فصل : وإن جَرَّحَهُ وهو مُسْلِمٌ فارتدَّ ، ثم جَرَّحَهُ جُرْحًا آخَرَ ، ثم أَسْلَمَ وماتَ مِنهُمَا ، فلا قِصاصَ فِيهِ ؛ لأنَّه ماتَ من جُرْحَيْنِ مَضْمُونٍ وَغَيْرِ مَضْمُونٍ ، وَيجبُ فِيهِ نِصْفُ الدِّيَةِ لذلك . وسواءٌ تَسَاوَى الجُرْحَانِ ، أو زادَ أَحَدُهُما ، مثلُ أنْ قَطَعَ يَدَيْهِ وهو مُسْلِمٌ فارتدَّ ، فَقَطَعَ رِجْلَهُ ، أو كانَ بالعكسِ ؛ لأنَّ الجُرْحَ في الحالينِ كَجُرْحِ رَجُلَيْنِ . وهل يَجِبُ القِصاصُ في الطَّرْفِ الذي قَطَعَهُ في حالِ إسلامِهِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً على مَنْ قَطَعَ طَرْفَهُ وهو مُسْلِمٌ ، فارتدَّ وماتَ في رِدَّتِهِ . ولو قَطَعَ طَرْفَهُ في رِدَّتِهِ أَوَّلًا ، فَأَسْلَمَ ، ثم قَطَعَ طَرْفَهُ الآخَرَ ، وماتَ مِنهُمَا ، فالْحُكْمُ فِيهِ كالتى قَبْلُهَا .

فصل : وَيُقْتَلُ الذَّمِيُّ بالمُسْلِمِ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَتَلَ الْيَهُودِيَّ الذي رَضِيَ رَأْسَ جَارِيَةٍ من الْأَنْصَارِ على أَوْضَاحِهَا^(٢٥) ، ولأنَّه إِذَا قُتِلَ بِمِثْلِهِ فِيمَنْ قَوَّتَهُ أَوَّلَى . وَيُقْتَلُ الذَّمِيُّ بِالذَّمِيِّ ، سواءً اتَّفَقَتْ أَدْيَانُهُمْ أو اختلفَتْ . فلو قَتَلَ النَّصْرَانِيُّ مَجُوسِيًّا أو يَهُودِيًّا ، / ١٢/٩ قُتِلَ بِهِ . نَصَرَ عَلَيْهِ أَحَدُ في النَّصْرَانِيِّ يُقْتَلُ بِالْمَجُوسِيِّ إِذَا قَتَلَهُ ، قِيلَ : فَكَيْفَ يُقْتَلُ بِهِ ، وَدِيَانَتُهُمَا^(٢٦) ؟ فَقَالَ : أَذْهَبُ إِلَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَتَلَ رَجُلًا بِامْرَأَةٍ . يَعْنِي أَنَّهُ قَتَلَهُ بِهَا مع اِخْتِلَافِ دِينَتِهِمَا ، ولأنَّهُمَا تَكَافَأَا في الْعِصْمَةِ بِالذَّمِّ وَتَقْيِصَةِ الْكُفْرِ ، فَجَرَى الْقِصاصُ بَيْنَهُمَا ، كما لو تَسَاوَى دِينُهُمَا . وهذا مذهبُ الشافعيِّ .

فصل : ولا يُقْتَلُ ذِمِّيٌّ بِحَرَبِيٍّ . لا نَعْلَمُ فِيهِ إِخْلَافًا ؛ لأنَّه مُباحٌ الدَّمُ على الإِطْلَاقِ ، أَشْبَهَ الْخِزْنِيزِ ، ولا دِيَّةَ فِيهِ لذلك ولا كَفَّارَةً ، ولا يَجِبُ بِقَتْلِ الْمُرتَدِّ قِصاصٌ ولا دِيَّةٌ ولا كَفَّارَةٌ لذلك ، سواءً قَتَلَهُ مُسْلِمٌ أو ذِمِّيٌّ . وهو قولُ بعضِ أَصْحَابِ الشافعيِّ . وقالَ بعضُ

(٢٤) سقط من : الأصل ، م .

(٢٥) تقدم تحريره ، في صفحة ٤٤٨ .

(٢٦) في م : ١ وديتهما .

أصحاب الشافعي : يجبُ القصاصُ على الذمّي بقتله ، والدية إذا عفا عنه ؛ لأنه لا ولاية له في قتله . وقال بعضهم : يجبُ القصاصُ دون الدية ؛ لأنه لا قيمة له . ولنا ، أنه مباح الدم ، أشبه الحربي ، ولأن من لا يضمنه المسلم لا يضمنه الذمّي ، كالحربي .

فصل : وليس على قاتل الزاني المُحصَن قصاص ولا دية ولا كفارة . وهذا ظاهرُ مذهب الشافعي . وحكى بعضهم وجهها ، أن على قاتله القود ؛ لأن قتله إلى الإمام ، فيجب القود على من قتله سواء^(٢٧) ، كمن عليه القصاص إذا قتله غير مُستحقه . ولنا ، أنه مباح الدم ، وقتله مُحْتَمٌ ، فلم يضمن كالحربي ، ويطلب ما قاله بالمرتد ، وفارق القاتل ، فإن قتله غير مُحْتَمٍ . وهو مُستحقُّ على طريق المعاوضة ، فاختص بمُستحقه ، وههنا يجب قتله لله تعالى ، فأشبه المرتد ، وكذلك الحكم في المحارب الذي تُحْتَمُ قتلته .

فصل : ويُقتل المرتد بالمسلم والذمّي ، ويُقدَّم القصاصُ على القتل بالردة ؛ لأنه حق آدمي . وإن عفا عنه ولَّى القصاصي ، فله دية المقتول ، فإن أسلم المرتد فهي في ذمته ، وإن قُتل بالردة أو مات ، تعلقت بماله . وإن قُطِعَ طرفاً من أحدهما ، فعليه القصاصُ فيه أيضاً . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يُقتل المرتد بالذمّي ، ولا يُقَطَّعُ طرفه بطرفه ؛ لأن أحكام الإسلام في حقه باقية ؛ بدليل وجوب العبادات عليه ، ومطالبة الإسلام . ولنا ، أنه كافر ، فيقتل بالذمّي ، كالأصلي . وقولهم : إن أحكام الإسلام باقية . / غير صحيح ، فإنه قد زالت عصمته وحرّمته ، وجعل نكاح المسلمين ، وشراء العبيد المسلمين ، وصحة العبادات وغيرها ، وأما مطالبة الإسلام ، فهو حجة عليهم ، فإنه يدل على تعليل^(٢٨) كفره ، وأنه لا يقر على رده ؛ لسوء حاله ، فإذا قُتل بالذمّي مثله فمن هو دونه أولى .

ط ١٢/٩

(٢٧) في م : ١ : سواء .

(٢٨) في الأصل : تغلط .

فصل : وإن جَرَحَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا ، ثم ارتدَّ ومات المجروح ، لم يُقْتَلْ به ؛ لأنَّ التَّكَاثُفَ مُشْتَرَطٌ حَالٌ وَجُودِ الْجِنَايَةِ ، ولم يُوجَدْ . وإن قُتِلَ مَنْ يَعْرِفُهُ ذِمِّيًّا أَوْ عَبْدًا ، وكان قد أَسْلَمَ وَعَقَّقَ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ ؛ لأنَّه قُتِلَ مَنْ يَكْفِيهِ عَمْدًا عُذْوَانًا ، فَلَزِمَهُ الْقِصَاصُ ، كما لو عَلِمَ حاله ، وفارقَ من عَلِمَهُ خَرَبِيًّا ؛ لأنَّه لم يَغِيضْ إِلَى قَتْلِ مَعْصُومٍ .

١٤٢٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَا حُرٌّ بِعَيْنٍ)

وَرَوَى هَذَا عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَعُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَزَيْدٍ ، وَابْنِ الزُّبَيْرِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَهُوَ قَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَعِكْرَمَةُ ، وَعُمَرُ بْنُ دِينَارٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . (وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ الشَّعْبِيِّ ، وَرَوَى (١) عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالتَّحْمِي ، وَقَتَادَةَ ، وَالثَّوْرِي ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، أَنَّهُ يُقْتَلُ بِهِ ؛ لِعُمُومِ الْآيَاتِ وَالْأَخْبَارِ ، وَلِقَوْلِ (٢) النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ » (٣) . وَلَا كُنْهَ آذَمِيٍّ مَعْصُومٍ ، فَأَشْبَهَ الْحُرَّ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ (٤) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : مِنَ السُّنَّةِ أَنْ لَا يُقْتَلَ حُرٌّ بِعَيْنٍ . (وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يُقْتَلُ حُرٌّ بِعَيْنٍ » (٥) . رَوَاهُ الدَّارِقُطْنِيُّ (٦) . وَلَا كُنْهَ لَا يَقْطَعُ طَرَفُهُ بِطَرَفِهِ مَعَ التَّسَاوِي فِي السَّلَامَةِ ، فَلَا يُقْتَلُ بِهِ ، كَالْأَبِ مَعَ ابْنِهِ ، وَلَأنَّ الْعَبْدَ مَنْقُوصٌ بِالرُّقِّ ، فَلَمْ يُقْتَلْ بِهِ الْحُرُّ ، كَالْمَكَاثِبِ إِذَا مَلَكَ مَا يُؤَدِّي ، وَالْعُمُومَاتُ مَخْصُوصَاتُ بِهِلَا ، فَتَقْيَسُ عَلَيْهِ .

(١-١) في ب ، م ، ٥ : وروى .

(٢) سقطت الواو من : ب ، م .

(٣) تقدم تحريمه ، في صفحة ٤٦٠ .

(٤) تقدم تحريمه ، في صفحة ٤٦٧ .

كما أخرج هذا الجزء من قول علي أيضا البيهقي ، في : باب لا يقتل حر بعد ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى

٣٤/٨ .

(٥-٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٦) في : كتاب الحدود والديات وغويه . سنن الدارقطني ١٣٣/٣ .

فصل : ولا يُقتل السيّد بعبده ، في قول أكثر أهل العلم . وحكى عن النخعي وداود ، أنه يُقتل به ؛ لما روى قتادة ، عن الحسن ، عن سمرّة ، أن النبي ﷺ قال : « مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلَنَاهُ ، وَمَنْ جَدَعَهُ جَدَعْنَاهُ » . رواه سعيد ، والإمام أحمد ، والترمذي^(٧) ، وقال : حديث حسن غريب . مع العمومات والمعنى في التي قبلها . ولنا ، ما ذكرناه في التي قبلها ، وعن عمر ، رضي الله عنه ، أنه قال : لو لم أسمع رسول الله ﷺ يقول : « لَا يُقَادُ الْمَمْلُوكُ مِنْ مَوْلَاهُ »^(٨) والولد من والديه^(٩) ، لأقذته منك . رواه النسائي^(١٠) . وعن علي رضي الله عنه ، أن رجلاً قتل عبده ، فجلبده النبي ﷺ مائة جلدية ، وثفاه عاما ، ومحا اسمه من المسلمين . رواه سعيد ، والحلال^(١١) . وقال أحمد : ليس بشيء من قبل إسحاق بن أبي فروة . ورواه عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن أبي بكر وعمر ، أنهما قالا : مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ ، جُلِدَ مائَةً ، وَحُرِمَ سَهْمَهُ مَعَ^(١٢) المسلمين^(١٣) . فأما حديث سمرّة ، فلم يُثبت . قال أحمد : الحسن لم يستمع

١٣/٩

(٧) أخرجه الإمام أحمد ، في المستد ١٠/١٢٠ - ١٨ ، ١٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يقتل عبده ، من أبواب الديات . عارضة الأحمدي ١٨٣/٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٨٤/٢ . والنسائي ، في : باب القود من السيد للمولى ، من كتاب القسامة . المجتبى ١٩/٨ . وابن ماجه ، في : باب هل يقتل الحر بالعبد ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٨/٢ . والدارمي ، في : باب القود بين العبد وبين سيده ، من كتاب الديات . سنن الدارمي ١٩١/٢ .

(٨-٨) في الأصل ، ب : « والولد من ولده » .

(٩) لعله في السنن الكبرى ، وأخرجه الحاكم ، في : كتاب الحدود . المستدرک ٣٦٨/٤ . والبيهقي ، في : باب ما روى في من قتل عبده أو مثل به ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٣٦/٨ . وأخرج لفظ : « لا يقاد الوالد بالولد » الترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا ، من أبواب الديات . عارضة الأحمدي ١٧٥/٦ . والإمام أحمد ، في المستد ١٦/١ .

(١٠) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب هل يقتل الحر بالعبد ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٨/٢ . والبيهقي ، في : باب ما روى في من قتل عبده أو مثل به ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٣٦/٨ .

(١١) في ب : « من » .

(١٢) أخرجه البيهقي ، في : باب ما روى في من قتل عبده أو مثل به ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٣٧/٨ . وعبد الرزاق ، في : باب الحر يقتل العبد عمدا ، من كتاب العقول . المصنف ٤٩١/٩ .

مِنْ سَمَرَةٍ ، لِإِمَاهِي صَحِيفَةٍ . وَقَالَ غَيْرُ^(١٣) أَحْمَدَ : إِذَا سَمِعَ الْحَسَنُ مِنْ سَمَرَةٍ ثَلَاثَةَ أَحَادِيثَ ، لَيْسَ هَذَا مِنْهَا . وَلَئِنْ الْحَسَنَ أَقْبَى بِخِلَافِهِ ، فَإِنَّهُ يَقُولُ : لَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ . وَقَالَ : إِذَا قَتَلَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ يُضْرَبُ . وَمَخَالَفَتُهُ لَهُ تُدَلُّ عَلَى ضَعْفِهِ .

فصل : وَلَا يَقْطَعُ طَرَفُ الْحُرِّ بِطَرَفِ الْعَبْدِ ، بغير خلافٍ عَلِمْنَاهُ بِهِمْ . وَيُقْتَلُ الْعَبْدُ بِالْحُرِّ ، وَيُقْتَلُ بِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قُتِلَ بِمِثْلِهِ ، فَيَمَنُّ هُوَ أَكْمَلُ مِنْهُ أَوْلَى ، مَعَ عُمُومِ النَّصُوصِ الْوَارِدَةِ فِي ذَلِكَ . وَمَتَى وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْعَبْدِ ، فَعَفَا وَلِيُّ الْجَنَائَةِ إِلَى الْمَالِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَيَتَعَلَّقُ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُوجِبُ جَنَائَتِهِ ، فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ ، كَالْقِصَاصِ . ثُمَّ إِنْ شَاءَ سَيِّدُهُ أَنْ يُسَلِّمَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَائَةِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَ إِلَيْهِ مَا تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِهِ . وَإِنْ قَالَ وَلِيُّ الْجَنَائَةِ : بَعْدُ ، وَادْفَعْ إِلَيَّ ثَمَنَهُ . لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِذِمَّتِهِ شَيْءٌ ، وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ بِالرَّقَبَةِ الَّتِي سَلَّمَهَا ، فَجَبَرَتْ مِنْهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ، كَمَا يَلْزَمُهُ بَيْعُ الرَّهْنِ . وَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهِ ، وَاخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَهَلْ تَلْزَمُهُ قِيَمَتُهُ أَوْ أَرْضُ الْجَنَائَةِ جَمِيعًا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، ذَكَرْنَاهُمَا فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ . وَإِنْ عَفَا عَنِ الْقِصَاصِ لِيَمْلِكَ رَقَبَةَ الْعَبْدِ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ إِثْلَافَهُ ، فَكَانَ مَالِكًا^(١٤) لَهُ ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَحَلُّ تَعَلُّقِ بِهِ الْقِصَاصِ ، فَلَا يَمْلِكُهُ بِالْعَفْوِ كَالْحُرِّ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، يَتَعَلَّقُ أَرْضُ الْجَنَائَةِ بِرَقَبَتِهِ ، كَمَا لَوْ عَفَا عَلَى^(١٥) مَالٍ ؛ لِأَنَّ / الْعَوْضَ الَّذِي عَفَا لِأَجْلِهِ لَمْ يَصِحَّ لَهُ ، فَكَانَ لَهُ عَوْضُهُ ، كَالْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ .

ظ ١٣/٩

فصل : وَيَجْرِي الْقِصَاصُ بَيْنَ الْعَبِيدِ فِي النَّفْسِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَسَالِمٍ ، وَالتَّحِيْمِيِّ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَرُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ مِنْ شَرْطِ الْقِصَاصِ

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، م : ه : ع : ه .

(١٤) فِي م : ه : مَلِكًا .

(١٥) فِي الْأَصْلِ ، ب : ه : ع : ه .

تساوى قيمتهم ، وإن اختلفت قيمتهم لم يجر بينهم قصاص . ويتبين أن يختص هذا بما إذا كانت قيمة القاتل أكثر ، فإن كانت أقل فلا . وهذا قول عطاء . وقال ابن عباس : ليس بين العبيد قصاص ، في نفس ولا جرح ؛ لأنهم أموال . ولنا ، أن الله تعالى قال : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ ^(١٦) . وهذا نص من ^(١٧) الكتاب ، فلا يجوز إخلاله ، ولأن ^(١٨) تفاوت القيمة كتفاوت الذية والفضائل ، فلا يمنع القصاص كالعلم والشرف ، والذكورية والأثوية .

فصل : ويجرى القصاص بينهم فيما دون النفس . وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وسالم ، والزهرى ، وقادة ، ومالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وعن أحمد ، رواية أخرى : لا يجرى القصاص بينهم فيما دون النفس . وهو قول الشعبي ، والنخعى ، والثورى ، وأبى حنيفة ؛ لأن الأطراف مال ، فلا يجرى القصاص فيها ، كالبهائم ، ولأن التساوى في الأطراف معتبر في جريان القصاص ، بدليل أنا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ، ولا كاملة الأصابع بالناقصة ، وأطراف العبيد لا تساوى . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ﴾ ^(١٩) . الآية ، ولأنه أخذ نوعي القصاص ، فجرى بين العبيد ، كالقصاص في النفس .

فصل : وإذا وجب القصاص في طرف العبد ، وجب للعبد ، وله استيفاءه والعفو عنه .

فصل ^(٢٠) : ولو قتل عبد عبدا ، ثم عتق القاتل ، قيل به . وكذلك لو جرح عبد

(١٦) سورة البقرة ١٧٨ .

(١٧) في ب : د : هـ .

(١٨) سقطت الواو من : م .

(١٩) سورة المائدة ٤٥ .

(٢٠) في ب نهادة : هـ قال هـ .

عبدًا ، ثم عتق الجارح ، ومات الجروح ، قُتِلَ به ؛ لأنَّ القصاصَ وَجِبَ ، فلم يَسْقُطْ بالعَتق بعده ، ولأنَّ التَّكَافُوفَ مَوْجُودَ حَالٍ وَجُودِ الْجِنَايَةِ ، وهى / السَّبَبُ ، فَاتَّخِذْنِي بِهِ . ولو جَرَحَ حُرٌّ ذِمِّيَّ عَبْدًا ، ثم لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ، فَأَسِيرَ وَاسْتَرْقِيَ ، لم يُقْتَلَ بالعَبْدِ ؛ لأنَّه حينَ وَجُوبِ الْقِصاصِ حُرٌّ .

فصل : وإذا قُتِلَ عَبْدٌ عَبْدًا عَمْدًا ، فَسَيِّدُ الْمَقْتُولِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْقِصاصِ وَالْعَفْوِ ، فإن عَفَا إلى مالٍ ، تَعَلَّقَ الْمَالُ بِرَقِيَّةِ الْقَاتِلِ ؛ لأنَّه وَجِبَ بِجِنَايَتِهِ ، وَسَيِّدُهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ فِدَائِهِ وَتَسْلِيمِهِ ، فإن اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَدَأَهُ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ قِيَمَةِ الْمَقْتُولِ ؛ لأنَّه إِنْ كَانَ الْأَقْلُ قِيَمَتَهُ ، لم يَلْزَمْهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهَا بَدَلٌ عَنْهُ ، وَإِنْ كَانَ الْأَقْلُ قِيَمَةَ الْمَقْتُولِ ، فليس لِسَيِّدِهِ أَكْثَرُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهَا بَدَلٌ عَنْهُ ^(٢١) . وعنه روايةٌ أُخْرَى ، أَنَّ سَيِّدَهُ إِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، لَزِمَهُ أَرْضُ الْجِنَايَةِ ، بِالْعَاقِبَةِ مَا بَلَغَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا سَلَّمَهُ لِلْبَيْعِ ، رُبَّمَا زَادَ فِيهِ مُزَابِدٌ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ . فإن قَتَلَ عَشْرَةَ أَعْبَدَ عَبْدًا لِرَجُلٍ عَمْدًا ، فعَلِيمُ الْقِصاصِ ، فإن اخْتَارَ السَّيِّدُ قَتْلَهُمْ ، فله قَتْلُهُمْ ، وَإِنْ عَفَا إلى مالٍ ، تَعَلَّقَتْ قِيَمَةُ عِيْدِهِ بِرِقَابِهِمْ ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشْرُهَا ، يُبَاغُ مِنْهُ بِقَدَرِهَا ^(٢٢) أَوْ يَقْدِرُهُ سَيِّدُهُ ، فإن اخْتَارَ قَتْلَ بَعْضِهِمْ وَالْعَفْوَ عَنْ الْبَعْضِ كَانَ ذَلِكَ لَهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَتْلَ جَمِيعِهِمْ وَالْعَفْوَ عَنْ جَمِيعِهِمْ . وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ عِيْدَيْنِ لِرَجُلٍ وَاحِدٍ ، فله قَتْلُهُ وَالْعَفْوُ عَنْهُ ، فَإِنْ قَتَلَهُ ، سَقَطَ حَقُّهُ ، وَإِنْ عَفَا إلى مالٍ ، تَعَلَّقَتْ قِيَمَةُ الْعَبْدَيْنِ بِرَقَبَتَيْهِ ، فَإِنْ كَانَا لِرَجُلَيْنِ فَكَذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّ الْقَاتِلَ يُقْتَلُ بِالْأَوَّلِ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، فَإِنْ عَفَا عَنْهُ الْأَوَّلُ ، قُتِلَ بِالثَّانِي . وَإِنْ قَتَلَهُمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً ، أُفْرِغَ بَيْسَ السَّيِّدَيْنِ ، فَأَيُّهُمَا خَرَجَتْ لَهُ الْقِرْعَةُ ، انْقَصَ ، وَسَقَطَ حَقُّ الْآخَرِ . وَإِنْ عَفَا عَنْ الْقِصاصِ ، أَوْ عَفَا سَيِّدُ الْقَتِيلِ الْأَوَّلِ عَنْ الْقِصاصِ إِلَى مالٍ ، تَعَلَّقَ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ ، وَلِلثَّانِي أَنْ يَنْقُصَ ؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الْمَالِ بِالرَّقَبَةِ لَا يُسْقِطُ حَقَّ الْقِصاصِ ، كَالْوَجْنِيِّ الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ . فَإِنْ قَتَلَهُ الْآخَرُ ، سَقَطَ حَقُّ الْأَوَّلِ مِنَ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مَحَلٌّ يَتَعَلَّقُ بِهِ ، وَإِنْ عَفَا

(٢١) لِي الْأَصْلُ : عِيْدُهُ .

(٢٢) فِي ب : بِقَدَرِهَا .

الثاني ، تعلقت قيمة القتل الثاني برقيقته أيضا ، ويباع فيها ، ويُقسَم ثمنه على قدر القيمتين ، ولم تقدم الأول بالقيمة ، كما قدمناه بالقصاص ؛ لأن القصاص لا يتبعض بينهما ، والقيمة يمكن تبعضها^(٢٣) . فإن قيل : فحق الأول أسبق . / قلنا : لا يراعى السبق ، كما لو أُلِّفَ أموالا^(٢٤) لجماعة ، واحدا بعد واحد . فأما إن قُتل العبد عبدا بين شريكين كان لهما القصاص والعفو ، فإن عفا أحدهما ، سقط القصاص ، ويقتل حقهما إلى القيمة ؛ لأن القصاص لا يتبعض . وإن قُتل عبيدين لرجل واحد ، فله أن يقتص منه لأحدهما ، أيهما كان ، ويسقط حقه من الآخر ، وله أن يعفو عنه^(٢٥) إلى مال ، وتتعلق قيمتهما^(٢٦) جميعا برقيقته .

فصل : ويُقتل العبد القن بالمكاتب ، والمكاتب به ، ويُقتل كل واحد منهما بالمدير وأم الولد ، ويُقتل المدير وأم الولد بكل واحد منهما ؛ لأن الكل عبيد ، فيدخلون في عموم قوله تعالى ﴿ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ . وقد دل على كون المكاتب عبدا قول النبي ﷺ : « المكاتب عبدا ، ما بقي عليه ذرهم »^(٢٧) . وسواء كان المكاتب قد أدى من كتابته شيئا ، أو لم يؤد ، وسواء ملك ما يؤدى ، أو لم يملك ، إلا إذا قلنا : إنه إذا ملك ما يؤدى فقد صار حُرًا . فإنه لا يُقتل بالعبد ؛ لأنه حر ، فلا يُقتل بالعبد . وإن أدى ثلاثة أرباع مال الكتابة ، لم يُقتل به أيضا ؛ لأنه يصير حُرًا ، ومن لم يحكم بحريته إلا بأداء جميع الكتابة ، أجاز قتله به . وقال أبو حنيفة : إذا قتل العبد مكاتبًا ، له وفاء ووارث سيوى مولاه ، لم يُقتل به ؛ لأنه حين الجرح كان المستحق المولى ، وحين الموت الوارث ، ولا يجب القصاص إلا لمن يثبت حقه في الطرفين . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ الْنَفْسَ بِالْنَفْسِ ﴾ . وقوله تعالى : ﴿ الْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ . ولأنه لو كان قنًا ، لوجب بقتله

(٢٣) في الأصل : تبعضها .

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) في ب ، م : قيمتها .

(٢٧) تقدم ترجمته ، في : ١٢٥/٩

القبصاصُ ، فإذا كان مُكاثِبًا ، كان أوَّلَى ، كَالو لم يَخْلُفْ وإِذَا . وما ذَكَرُوهُ شَيْءٌ بَتَّوْهُ عَلَى أَصُولِهِمْ ، وَلَا تُسَلِّمُهُ .

١٤٢٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَتَلَ الْكَافِرُ الْعَبْدَ عَمْدًا ، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَيُقْتَلُ ، لِنَقْضِهِ الْعَهْدِ ^(١))

يعنى الكافر الحرُّ ، لا يُقْتَلُ بِالْعَبْدِ الْمُسْلِمِ ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ لَا يُقْتَلُ بِالْعَبْدِ ، لِفُقْدَانِ التَّكَافُوفِ بَيْنَهُمَا ، وَلِأَنَّهُ لَا يُحْدُ بِقَدْفِهِ ، فَلَا يُقْتَلُ بِقَتْلِهِ ، كَالْأَبِ مَعَ ابْنِهِ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَيُقْتَلُ لِنَقْضِهِ الْعَهْدِ ؛ فَإِنْ قَتَلَ الْمُسْلِمُ يَنْتَقِضُ بِهِ الْعَهْدُ ، بِدَلِيلِ مَا رَوَى أَنَّ ذُمِّيًّا كَانَ يَسُوقُ جِمَارًا / بِامْرَأَةِ مُسْلِمَةٍ ، فَتَحَسَّهَ بِهَا فَرَمَاهَا ، ثُمَّ أَرَادَ إِكْرَاهَهَا عَلَى الزَّوْجِ ، فَرَفَعَ إِلَى عَمْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَالَ : مَا عَلَى هَذَا صَالِحَتَاهُمْ . فَقَتَلَهُ وَصَلَبَهُ ^(٢) . وَرَوَى فِي شُرُوطِ عَمْرٍ ، أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ غَنْمٍ ^(٣) : أَنَّ الْحَقَّ بِالشُّرُوطِ : مَنْ ضَرَبَ مُسْلِمًا عَمْدًا ، فَقَدْ خَلَعَ عَهْدَهُ ^(٤) . وَلِأَنَّهُ فَعَلَ يُنَافِي الْأَمَانَ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، فَكَانَ نَقْضًا لِلْعَهْدِ ، كَالاجْتِمَاعِ عَلَى قِتَالِ الْمُسْلِمِينَ ، وَالِامْتِنَاعِ مِنْ أَدَاءِ الْجَزْيَةِ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ؛ أَنَّهُ لَا يَنْتَقِضُ عَهْدُهُ بِذَلِكَ . فَعَلَ هَذَا ، عَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَيُؤَدَّبُ بِمَا يَرَاهُ وَلِيُّ الْأَمْرِ .

فصل : وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ مُسْلِمًا حُرًّا كَافِرًا لَا يُقْتَلُ بِهِ ؛ لِأَنَّا لَا نَقْتُلُ الْمُسْلِمَ بِالْكَافِرِ . وَإِنْ قَتَلَ مَنْ نَصَفَهُ حُرٌّ عَبْدًا ، لَمْ يُقْتَلْ بِهِ ^(٥) ؛ لِأَنَّا لَا نَقْتُلُ نِصْفَ الْحُرِّ بِعَبْدٍ . وَإِنْ قَتَلَهُ حُرٌّ ،

(١) في م : ٥ للعهد .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب يشترط عليهم أن أحدا من رجالهم إن أصاب مسلمة بزنى ... من كتاب الجزية . السنن الكبرى ٢٠١/٩ . وعبد الرزاق ، في : باب المعاهد ينفذ بالمسلم ، من كتاب أهل الكناين . المصنف ٣٦٣/١٠ ، ٣٦٤ . وابن أبي شبة ، في : باب في الذمي يستكره المسلمة على نفسها ، من كتاب الخلود . المصنف ٩٦/١٠ ، ٩٧ .

(٣) في ب : ١ غلام ؛ خطأ . وانظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ٢٥٠ .

(٤) أخرجه البيهقي ، في : باب الإمام يكتب كتاب الصلح على الجزية ، من كتاب الجزية . السنن الكبرى ٢٠٢/٩ .

(٥) سقط من : ب .

لم يُقتل به ؛ لأنَّ النصفَ الرقيق لا يُقتل به الحرُّ . وإن قُتلَ مَنْ نصفه حرٌّ مَنْ نصفه حرٌّ ، قُتلَ به ؛ لأنَّ القصاصَ يَقَعُ بينَ الجُمْلَتَيْنِ من غيرِ تَفْصِيلٍ ، وهما مُتساويان ^(٦) .

فصل : ويجزى القصاصُ بينَ الوَلَاةِ والعَمَالِ وبينَ رَعِيَّتِهِمْ ؛ لعمومِ الآياتِ والأخبارِ ، ولأنَّ المؤمنينَ تَكَافَأُوا دِمَاؤُهُمْ ، ولا نَعْلَمُ في هذا خلافاً . وَبُتَّ عَنْ أُنَى بَكْرِ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ لِرَجُلٍ شَكَى إِلَيْهِ عَمَلًا أَنَّهُ قَطَعَ يَدَهُ ظُلْمًا : لَيْنَ كُنْتُ صَادِقًا ، لَا يُقِيدُكَ مِنْهُ ^(٧) . وَبُتَّ أَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، كَانَ يَقِيدُ مَنْ نَفْسِهِ . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٨) ، قَالَ : حَطَبْتُ عَمْرًا ، فَقَالَ : إِنِّي لَمْ أَتُتَّ عَمَالِي لِيَضْرِبُوا أَبْشَارَكُمْ ، وَلَا لِيَأْخُذُوا أَمْوَالَكُمْ ، فَمَنْ فَعَلَ بِهِ ذَلِكَ ، فَلْيَرْفَعْهُ إِلَيَّ ، أَقْصُهُ مِنْهُ . فَقَالَ عَمْرُو بْنُ الْعَاصِي : لَوْ أَنَّ رَجُلًا أَدَّبَ بَعْضَ رَعِيَّتِهِ ، أَتَقْصُهُ ^(٩) مِنْهُ ؟ قَالَ : أُنَى وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ ، أَقْصُهُ مِنْهُ ، وَقَدْ رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْصَى مَنْ نَفْسِهِ . وَلَأنَّ الْمُؤْمِنِينَ تَكَافَأُوا دِمَاؤُهُمْ ، وَهَذَانِ حُرَّانِ مُسْلِمَانِ ، لَيْسَ بَيْنَهُمَا إِبْلَادٌ ^(١٠) ، فَيَجْزَى الْقِصَاصُ بَيْنَهُمَا ، كَسَائِرِ الرِّعْيَةِ .

فصل : وَإِذَا قَاتَلَ الْقَاتِلُ غَيْرَ وَلِيِّ الدِّمِ ، فَعَلَى قَاتِلِهِ الْقِصَاصُ ، وَلِوَرَثَةِ الْأَوَّلِ الدِّيَّةُ فِي تَرْكِه الْجَانِي الْأَوَّلِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، / وَمَالِكَ : يُقْتَلُ قَاتِلُهُ ، وَيُطْلَلُ دَمُ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ قَاتَلَ مَحْلَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَ الْعَبْدَ الْجَانِي . وَرَوَى عَنْ قَتَادَةَ وَأُنَى هَاشِمٍ : لَا قَوْدَ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ مُبَاحَ الدِّمِ ، فَلَمْ يَجِبْ بِقَتْلِهِ قِصَاصٌ ، كَالرَّائِي الْمُحْصَنِ . وَلَنَا ، عَلَى وَجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَى قَاتِلِهِ ، أَنَّهُ مَحَلٌّ لِمَنْ يَتَحَتَّمُ قَتْلُهُ ، وَلَمْ يَنْبَغْ لغيرِ وَلِيِّ الدِّمِ قَتْلُهُ ، فَوَجَبَ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ . وَلَنَا ، عَلَى وَجُوبِ

١٥/٩ ط

(٦) ل : م : ٥ : مستويان .

(٧) أخرجه الدارقطني ، ل : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٨٤/٣ .

(٨) ل : باب القود من الضربة وقص الأمر من نفسه ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٢٨٩/٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، ل : المسند ٤١/١ .

(٩) ل : م : ٥ : قصه .

(١٠) ل : م : ٥ : إبلاد .

الدَّيَّةِ فِي تَرْكِهَ الْجَانِي الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْقِصَاصَ إِذَا تَعَدَّرَ وَجَبَتِ الدَّيَّةُ ، كَمَا لَوْ مَاتَ ، أَوْ عَفَا
بَعْضُ الشُّرَكَاءِ ، أَوْ حَدَّثَ مَانِعٌ . وَفَارَقَ الْعَبْدَ الْجَانِيَّ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَالٌ يَتَّقِلُ إِلَيْهِ ؛ فَإِنْ
عَفَا أَوْلِيَاءُ الثَّانِي عَلَى الدَّيَّةِ ، أَخَذُوهَا وَدَفَعُوهَا إِلَى وَرَثَةِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ كَانَتْ عَلَيْهِ دُيُونٌ ،
ضَمُّ مَا قَبَضُوا مِنَ الدَّيَّةِ إِلَى سَائِرِ تَرْكِهَ ، ثُمَّ ضَرَبَ أَوْلِيَاءُ الْمَقْتُولِ الْأَوَّلِ مَعَ سَائِرِ أَهْلِ
الدُّيُونِ فِي تَرْكِهَ وَدَيْتِهِ ، وَإِنْ أَحَالَ وَرَثَةُ الْمَقْتُولِ الثَّانِي وَرَثَةَ الْمَقْتُولِ الْأَوَّلِ بِالْدَّيَّةِ عَلَى
الْقَاتِلِ الثَّانِي ^(١١) ، صَحَّتِ الْحَوَالَةُ . وَيُخْرَجُ أَنْ تُجَبَّ دِيَّةُ الْقَتِيلِ الْأَوَّلِ عَلَى قَاتِلِ ^(١٢)
قَاتِلِهِ ابْتِدَاءً ؛ لِأَنَّهُ أُلْتُفَ مَحَلُّ حَقِّ وَرَثَتِهِ ، فَكَانَ غَرَامَتُهُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ قَتَلَ الْعَبْدَ الْجَانِيَّ ،
وَلِنْ مَاتَ الْقَاتِلُ عَمْدًا ، وَجَبَتِ الدَّيَّةُ فِي تَرْكِهَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ
وَمَالِكٌ : يَسْقُطُ حَقُّ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ . وَتُوجِبُهُ الْمَذْهَبَيْنِ عَلَى ^(١٣) مَا تَقَدَّمَ .

١٤٢٤ - مسألة : قال : (وَالطُّفْلُ ، وَالزَّائِلُ الْعَقْلِي ، لَا يُقْتَلَانِ بِأَحَدٍ)

لَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّهُ لَا قِصَاصَ عَلَى صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ زَائِلِ
الْعَقْلِ بِسَبَبٍ يُعَدَّرُ فِيهِ ، مِثْلُ النَّائِمِ ، وَالْمُعْمَى عَلَيْهِ ، وَنَحْوِهِمَا . وَالْأَصْلُ فِي هَذَا قَوْلُ
النَّبِيِّ ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ ؛ عَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يُلَئِقَ ، وَعَنْ النَّائِمِ حَتَّى
يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنْ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ » ^(١) . وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ عَقُوبَةُ مُعْلَظَةٍ ، فَلَمْ تُجَبَّ عَلَى
الصَّبِيِّ وَزَائِلِ الْعَقْلِ ، كَالْحُلُودِ ، وَلِأَنَّهُمْ لَيْسَ لَهُمْ قَصْدٌ صَحِيحٌ ، فَهَمَّ كَالْقَاتِلِ خَطَأً .

فصل : فَإِنْ اخْتَلَفَ الْجَانِي وَوَلِيُّ الْجِنَايَةِ ، فَقَالَ الْجَانِي : كُنْتُ صَبِيًّا حَالِ
الْجِنَايَةِ . وَقَالَ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ : كُنْتُ بِالْعَمَاءِ / فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَانِي مَعَ يَمِينِهِ ، إِذَا اخْتَمَلَ
الصَّدَقَ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الصُّغُرُ ، وَرِءَاؤُهُ ذِمَّتُهُ مِنَ الْقِصَاصِ . وَإِنْ قَالَ : قَتَلْتُهُ وَأَنَا مَجْنُونٌ .
وَأَكْثَرُ الْوَلِيِّ جُنُونُهُ ، فَإِنْ عُرِفَ لَهُ حَالُ جُنُونٍ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ أَيْضًا لِلذَّكَاءِ ، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ

(١١) سقط من : ب .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) تقدم تخريجه ، في : ٥٠ / ٢ .

له حال جنون ، فالقول قول الولي ؛ لأن الأصل السلامة ، وكذلك إن عُرِفَ له جنون ، ثم عُلِمَ زواله قبل القتل ، وإن بُنِتْ لأحدهما بينة بما ادّعاه ^(١) ، حكيم له . وإن أقاما بينتين تعارضتا ، فإن شهدت البينة أنه كان زائل العقل ، وقال ^(٢) الولي : كنت سكران . وقال القاتل ^(٣) : كنت مجنونا . فالقول قول القاتل مع يمينه ؛ لأنه أعرف بنفسه ، ولأن الأصل براءة ذمته ، واجتناب المسلم فعل ما يحرم عليه .

فصل : فإن قُتِلَ وهو عاقل ، ثم جن ، لم يسقط عنه القصاص ، سواء بُنِتَ ذلك عليه ^(٤) بينة أو إقرار ؛ لأن رجوعه غير مقبول ، ويُقتَصُّ منه في حال جنونه . ولو بُنِتَ عليه الحد بإقراره ، ثم جن لم يُعَمَّ عليه حال جنونه ؛ لأن رجوعه يُقبل ، فيحتل أنه لو كان صحيحا رجع .

فصل : ويجب القصاص على السكران إذا قُتِلَ حال سكره . ذكره القاضي ، وذكر أبو الخطاب ، أن وجوب القصاص عليه مبنئ على وقوع طلاقه ، وفيه روايتان ، فيكون في وجوب القصاص عليه وجهان ؛ أحدهما ، لا يجب عليه ؛ لأنه زائل العقل ، أشبه المجنون ، ولأنه غير مكلف ، أشبه ^(٥) الصبي والمجنون . ولنا ، أن الصحابة ، رضِيَ الله عنهم ، أقاموا سكره مقام ^(٦) قذفه ، فأوجبوا عليه حد القاذف ، فلولا أن قذفه موجب للحد عليه ، لما وجب الحد ^(٧) بمظنته ، وإذا وجب الحد ، فالقصاص المتمحض حق آدمي أولى ، ولأنه حكم لم يجب عليه ^(٨) القصاص والحد ، لأفضى إلى أن من أراد أن يعصى الله تعالى ، شرب ما يسكره ، ثم يقتل ويُسْرِق ، ولا يلزمه عقوبة ^(٩) ولا مائت ، ويصير عصيانه سببا لسقوط عقوبة ^(١٠) الدنيا والآخرة عنه ، ولا وجه لهذا .

(٢) في ب : ادعاه .

(٣) في ب : م ، فقال القاتل .

(٤) سقط من : م .

(٥) سقط من : ب .

(٦) في ب : فأشبهه .

(٧) في ب : مكانه .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩-٩) سقط من : ب . نقل نظر .

/ وفارقَ هذا الطلاقَ ، ولأنه قولٌ يُمكنُ إلغاؤه بخلاف القتل . فأما إن شربَ أو أكلَ ما يُزيلُ عقله غيرَ الخمرِ ، على وجهٍ مُحَرَّمٍ ، فإن زالَ عقله بالكليةِ ، بحيثُ صارَ مَجْنُونًا ، فلا قِصاصَ عليه ، وإن كان يُزولُ قريبًا ويعودُ من غيرِ ثَدَاوٍ ، فهو كالسُّكْرِ ، على ما فصلُ فيه .

١٤٢٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُقْتَلُ الْوَالِدُ بِوَلَدِهِ ، وَإِنْ سَقَلَ)

وجعلته أن الأب لا يُقتل بولده ، والجَدُّ لا يُقتل بولده ولده ، وإن تَزَلَّتْ دَرَجَتُهُ ، وسواءٌ في ذلك وَلَدُ الْبَيْتِ أو وَلَدُ الْبَنَاتِ . وممَّن يُقَالُ عنه أن الوالد لا يقتل بولده ، عمرُ بنُ الخطابِ ، رَضِيَ اللهُ عنه . وبه قال ربيعةُ ، والثوريُّ ، والأوزاعيُّ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرُّأيِ . وقال ابنُ نافعٍ ، وابنُ عبيدِ الحَكَمِ ، وابنُ المُنْذِرِ : يُقتلُ به ؛ لظاهرِ آيِ الكتابِ ، والأخبارِ الموجِبَةِ للقصاصِ ، ولأنَّهُما حُرَّانِ مُسلمانِ من أهلِ القِصاصِ ، فَوَجِبَ أن يُقتَلَ كُلُّ واحدٍ منهما بِصاحِبِهِ ، كالأَجَنَبِيِّينِ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : قد رَوَوْا في هذا البابِ ^(١) أخبارًا . وقال مالكٌ : إن قُتِلَ حَدَقًا بالسيفِ ونحوِهِ ، لم يُقتَلَ به ، وإن ذُبِحَ ، أو قُتِلَ قَتْلًا لا يُشَكُّ في أنَّه عَمَدٌ إلى قُتْلِهِ دُونَ تَأْذِيهِ ، أُقِيدَ به . ولنا ، ما رَوَى عمرُ بنُ الخطابِ ، وابنُ عباسٍ ، أن رسولَ الله ﷺ قال : « لَا يُقْتَلُ وَالِدٌ بَوَلَدِهِ » . أخرَجَ التَّسَائِيُّ حديثَ عمرَ ^(٢) ، ورواهما ابنُ ماجهَ ^(٣) ، وذكرهما ابنُ عبيدِ البرِّ ، وقال : هو حديثٌ مشهورٌ عندَ أهلِ العلمِ بالحجازِ والعِراقِ ، مُستَفِيضٌ عندهم ، يُسْتَقْنَى بشهرته وقبوله والعملُ به عن الإسنادِ فيه ، حتى يكونَ الإسنادُ في مثله مع شهرته ثكلًا . ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » ^(٤) . وقضيةُ هذه

(١) سقط من : م .

(٢) لعله في السنن الكبرى . وأخرج حديث عمر الإمام أحمد ، في : المسند ٤٩/١ .

(٣) في : باب لا يقتل الوالد بولده ، من كتاب الدييات .. سنن ابن ماجه ٨٨٨/٢ .

وأخرج حديث ابن عباس الترمذی ، في : باب ما جاء في الرجل يقتل أبه بفداء منه أم لا ، من أبواب الدييات . عارضة الأحوذی ١٢٥/٦ .

(٤) تقدم غريبه ، في : ٣٠٩/٤ .

الإضافة تملِكُهُ إِيَّاهُ ، فإذا لم تثبت حقيقة الملكية ، بقيت الإضافة شبهة في ذرة^(٥) القصاصي ؛ لأنه يُدْرَأُ بالشبهات ، ولأنه سبب إيجاده ، فلا ينبغي أن يتسلط بسببه على إعدائه . وما ذكرناه يخص العمومات ، ويُفارق الأب سائر الناس ، فإنهم لو قتلوا بالحدف بالسيف ، وجب عليهم القصاص / ، والأب بخلافه .

١٧/٩

فصل : والجَدُّ وإن عَلا كالأب في هذا ، وسواء كان من قبل الأب أو من قبل الأم ، في قول أكثر مُسْقِطِي الْقِصَاصِ عن الأب . وقال الحسنُ ابنُ حنَّانٍ : يُقْتَلُ بِهِ . ولنا ، أنه والدٌ ، فيَدْخُلُ في عموم النص ؛ ولأن ذلك حُكْمٌ يَتَعَلَّقُ بِالْوِلَادَةِ ، فاستوى فيه القريب والبعيد ، كالمَحْرَمَةِ ، والعَتَقِ إذا مَلَكَه ، والجَدُّ من قبل الأم كالجَدُّ من قبل الأب^(٦) ؛ لأنَّ ابْنَ الْبَيْتِ يُسَمَّى ابْنًا ، قال النَّبِيُّ ﷺ^(٧) فِي الْحَسَنِ^(٨) : « إِنْ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ »^(٩) .

١٤٢٦ - مسألة : قال : (وَالْأُمُّ فِي ذَلِكَ كَالْأَبِ)

هذا الصحيح من المذهب ، وعليه العمل عند مُسْقِطِي الْقِصَاصِ عن الأب . وروى عن أحمد ، رحمه الله ، ما يدل على أنه لا يَسْقُطُ عن الأم ، فإن مَهْتَأَ نَقَلَ عَنْهُ ، في أم ولد قَتَلَتْ سَيِّدَهَا عَمْدًا : تُقْتَلُ . قال : مَنْ يَقْتُلُهَا ؟ قال : وَلَدُهَا . وهذا يدل على إيجاب الْقِصَاصِ على الأم بقتل ولدها . وخرَّجها أبو بكرٍ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، أن الأم تُقْتَلُ بولدها ؛ لأنه لا ولاية لها عليه ، فتقتل به ، كالأخ . والصحيح الأول ؛ لقول النبي ﷺ^(١٠) : « لَا يَقْتُلُ وَالِدٌ وَلَدَهُ »^(١١) . ولأنها أحد الوالدين ، فأشبهت الأب ، ولأنها أولى بالبر ، فكانت أولى بنفي القصاص عنها ، والولاية غير مُعْتَبَرَةٍ ؛ بدليل انفاء

(٥) في ب : ٥ و ٤ .

(٦-٦) في م : الأب كالجَدُّ من قبل الأم .

(٧-٧) سقط من : ب .

(٨) تقدم تخريجه ، في : ٩٨/٤ .

(٩) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٨٣ .

الْقِصَاصِ عَنِ الْأَبِ بِقَتْلِ الْكَبِيرِ الَّذِي لَا وِلَايَةَ^(٢) عَلَيْهِ ، وَعَنِ الْجَدِّ ، وَلَا وِلَايَةَ لَهُ ، وَعَنِ الْأَبِ الْمُخَالِيفِ فِي الدِّينِ ، أَوْ الرِّقِيقِ . وَالْجَدَّةُ وَإِنْ عَلَتْ فِي ذَلِكَ كَالْأُمِّ ، وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ مِنْ قِتْلِ الْأَبِ ، أَوْ مِنْ قِتْلِ الْأُمِّ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا فِي الْجَدِّ .

فصل : وَسَوَاءٌ كَانَ الْوَالِدُ مُسَاوِيًا لِلْوَلَدِ فِي الدِّينِ وَالْحُرِّيَّةِ ، أَوْ مُخَالِفًا لَهُ^(٣) فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْإِثْمَ الْقِصَاصِيَّ لِشَرَفِ الْأَبُوَّةِ ، وَهُوَ مَوْجُودٌ فِي كُلِّ حَالٍ ، فَلَوْ قَتَلَ الْكَافِرُ وَلَدَهُ^(٤) الْمُسْلِمَ ، أَوْ قَتَلَ الْمُسْلِمُ أَبَاهُ الْكَافِرَ ، أَوْ قَتَلَ الْعَبْدُ وَلَدَهُ الْحُرَّ ، أَوْ قَتَلَ الْحُرُّ وَلَدَهُ الْعَبْدَ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ لِشَرَفِ الْأَبُوَّةِ فِيمَا إِذَا قَتَلَ وَلَدَهُ ، وَاتِّفَاءُ الْمُكَافَأَةِ فِيمَا إِذَا قَتَلَ وَالِدَهُ .

فصل : وَإِذَا^(٥) تَدَاعَى نَفْسَانِ^(٦) نَسَبَ صَغِيرٍ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، ثُمَّ قَتَلَهُ قَبْلَ إِنْحَاقِهِ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلَا قِصَاصَ / عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ابْنُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوْ ابْنَتُهُمَا . وَإِنْ أَلْحَقَتْهُ نَفَاقَةُ بِأَحَدِهِمَا ، ثُمَّ قَتَلَهُ ، لَمْ يُقَتَّلْ أَبُوهُ ، وَقَتْلُ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكُ الْأَبِ فِي قَتْلِ ابْنِهِ . وَإِنْ رَجَعَا جَمِيعًا عَنِ الدَّعْوَى ، لَمْ يُقَبَّلْ رُجُوعُهُمَا ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ حَقٌّ لِلْوَلَدِ ، فَلَمْ يُقَبَّلْ رُجُوعُهُمَا عَنْ إِقْرَارِهِمَا بِهِ ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَ^(٧) لَهُ بِحَقِّ سِوَاهُ ، أَوْ كَمَا لَوْ ادَّعَاهُ وَاحِدٌ ، فَأَلْحَقَ بِهِ ، ثُمَّ جَجَدَهُ . وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ، صَحَّ رُجُوعُهُ ، وَتَبَتِ نَسَبُهُ مِنَ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ رُجُوعَهُ لَمْ^(٨) يَبْطُلْ نَسَبُهُ ، وَيَسْقُطُ الْقِصَاصُ عَنِ الَّذِي لَمْ يَرْجِعْ ، وَيَجِبُ عَلَى الرَّاجِعِ ؛ لِأَنَّهُ شَارِكُ الْأَبِ ، وَإِنْ عُفِيَ عَنْهُ ، فَعَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ . وَلَوْ اشْتَرَكَ رَجُلَانِ فِي وَطْءِ امْرَأَةٍ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، وَاتَّكَ بَوَلَدٌ ، يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، فَقَتَلَهُ قَبْلَ إِنْحَاقِهِ بِأَحَدِهِمَا ، لَمْ

(٢) فِي الْأَصْلِ : لَا وِلَايَةَ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤) فِي م : وَالِدَهُ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : وَالِدَهُ .

(٦-٦) فِي م : ادَّعَى نَفَرَانِ .

(٧) فِي الْأَصْلِ : م ، أَقْرَأَ .

(٨) فِي ب : لَا .

يجب القصاص ، وإن نَفَا نَسَبَهُ ، لم يَتَّخِذْ بَقَوْلِهِمَا ، وإن نَفَاهُ أَحَدُهُمَا ، لم يَتَّخِذْ بَقَوْلِهِ ؛ لَأَنَّهُ لِحَقِّهِ بِالْفِرَاشِ ، فلا يَتَّخِذُ إِلَّا بِاللَّعَانِ . وفَارَقَ الَّتِي قَبَلَهَا مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ^(٩) أَنَّ أَحَدَهُمَا إذا رَجَعَ عَنْ دَعْوَاهُ ، لِحَقِّ الْآخَرِ ، وهُنَا لَا يَلْحَقُ بِذَلِكَ . والثَّانِي ، أَنَّ ثُبُوتَ نَسَبِهِ ثُمَّ بِالْإِعْزَافِ ، فَيَسْقُطُ بِالْجَحْدِ ، وهُنَا يَثْبُتُ ^(١٠) بِالْإِشْرَافِ فِي الْوُطْءِ ، فلا يَتَّخِذُ بِالْجَحْدِ . ومذهبُ الشافعي في هذا الفصل كما قلنا ، سواء .

فصل : ولو قَتَلَ أَحَدُ الْأَبْنَيْنِ صَاحِبَهُ ، ولهما وَلَدٌ ، لم يجب القصاص ؛ لَأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ لَوَجَبَ لَوَلَدِهِ ، ولا يجب للولد قصاصٌ على والديه ؛ لَأَنَّهُ إِذَا لم يجب بالجنابة عليه ، فلأن لا يجب له بالجنابة على غيره أُولَى ، وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى ، أو كان للمقتول وَلَدٌ سِوَاهُ ، أو مَنْ يُشَارِكُهُ فِي الْمِيرَاثِ ، أو لم يكن ؛ لَأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ الْقِصَاصُ ، لَوَجَبَ لَهُ جِزَاءٌ مِنْهُ ، ولا يُمكنُ وَجُوبُهُ ، وَإِذَا لم يَثْبُتْ بَعْضُهُ ، سَقَطَ كُلُّهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَتَّبِعُضُ ، وصار كَالْوَعْفَا بَعْضُ مُسْتَحَقِّ الْقِصَاصِ عَنْ نَصِيْبِهِ مِنْهُ . فَإِنْ لم يكن للمقتول وَلَدٌ مِنْهُمَا ، وَجَبَ الْقِصَاصُ ، في قول أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الزُّهْرِيُّ : لَا يُقْتَلُ الزَّوْجُ بِأَمْرَاتِهِ ؛ لَأَنَّهُ مَلَكَهَا ^(١١) بِعَقْدِ النِّكَاحِ ، فَأَشْبَهَ الْأُمَّةَ . / وَلَنَا ، عُمُومَاتُ النَّصِّ ، وَلَاكِنَّمَا شَخْصَانِ مُتَكَافِئَانِ ، يُحَدُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ صَاحِبِهِ ، فَيُقْتَلُ بِهِ ، كَالْأَجْنَبِيِّينَ . وَقَوْلُهُ : إِنَّهُ مَلَكَهَا . غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّهَا حُرَّةٌ ، وَإِنَّمَا مَلَكَ مَنْفَعَةً الْإِسْتِمْتَاعِ ، فَأَشْبَهَ الْمُسْتَأْجِرَةَ ، وَلِهَذَا تَجِبُ دِيَّتُهَا عَلَيْهِ ، وَيَرْتُهَا وَرَثَتُهَا ، وَلَا يَرِثُ مِنْهَا إِلَّا قَدَرُ مِيرَاثِهِ ، وَلَوْ قَتَلَهَا غَيْرُهُ ، كَانَتْ دِيَّتُهَا أَوْ الْقِصَاصُ لَوَرَثَتِهَا ، بِخِلَافِ الْأُمَةِ .

فصل : ولو قَتَلَ رَجُلٌ أَخَاهُ ، فَوَرِثَهُ ابْنُهُ ، أو أَحَدًا ^(١٢) يَرِثُ ابْنُهُ مِنْ شَيْءٍ مِنْ مِيرَاثِهِ ،

١٨/٩

(٩-٩) سقط من: الأصل ، م .

(١٠) في ب : ثبت .

(١١) في ب : ملكه .

(١٢) في م : أحد .

لم يَجِبِ الْقِصَاصُ ؛ لما ذكرنا . ولو قُتِلَ خَالَ ابْنِهِ ، فَوَرِثَتْ أُمُّ ابْنِهِ الْقِصَاصَ ^(١٣) أو جُزْءًا منه ، ثم ماتت بِقَتْلِ الزَّوْجِ أو غَيْرِهِ ، فَوَرِثَهَا ابْنُهُ ، سَقَطَ الْقِصَاصُ ^(١٤) ؛ لِأَنَّ مَا مَنَعَ مُقَارِنًا أَسْقَطَ طَارِنًا ، وَتَجِبَ الدِّيَّةُ . وَلَوْ قَتَلَتِ الْمَرْأَةُ أَخَا زَوْجِهَا ، فَصَارَ الْقِصَاصُ أو جُزْءُ منه لَابْنِهَا ، سَقَطَ الْقِصَاصُ ، سواءً صار إليه ابتداءً ، أو انتقل إليه من أبيه أو من غيره ؛ لما ذكرنا .

فصل : وإذا قُتِلَ أَحَدُ أَبَوَيْ الْمَكَاتِبِ الْمَكَاتِبِ ^(١٥) ، أو عَبْدًا له ، لم يَجِبِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّ الْوَالِدَ لَا يُقْتَلُ بَوَلَدِهِ ، وَلَا يُثْبِتُ لِلْوَلَدِ عَلَى الْوَالِدِ قِصَاصٌ . وَإِنْ اشْتَرَى الْمَكَاتِبُ أَحَدَ أَبَوَيْهِ ، ثُمَّ قَتَلَهُ ، لم يَجِبِ عَلَيْهِ قِصَاصٌ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يُقْتَلُ بِعَبْدِهِ .

فصل : ابْنَانِ قَتَلَ أَحَدُهُمَا أَبَاهُ ، وَالْآخَرُ أُمَّهُ ، فَإِنْ كَانَتِ الزَّوْجِيَّةُ بَيْنَهُمَا مَوْجُودَةً حَالَ قَتْلِ الْأَوَّلِ ، فَالْقِصَاصُ عَلَى قَاتِلِ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْقَتِيلَ الثَّانِي وَرِثَ جُزْءًا مِنْ دَمِ الْأَوَّلِ ، فَلَمَّا قُتِلَ وَرِثَهُ قَاتِلُ الْأَوَّلِ ، فَصَارَ لَهُ جُزْءٌ مِنْ دَمِ نَفْسِهِ ، فَسَقَطَ الْقِصَاصُ عَنْهُ ، وَوَجَبَ لَهُ الْقِصَاصُ عَلَى ^(١٦) أَخِيهِ ، فَإِنْ قَتَلَهُ ، وَرِثَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ سِوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ ^(١٧) بِحَقِّ ، وَإِنْ عَفَا عَنْهُ إِلَى الدِّيَّةِ ، وَجَبَتْ ، وَتَقَاصًا بَيْنَهُمَا ، وَمَا فَضَلَ لِأَحَدِهِمَا فَهُوَ لَهُ عَلَى أَخِيهِ . وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الزَّوْجِيَّةُ بَيْنَ الْأَبَوَيْنِ قَائِمَةً ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْقِصَاصُ لِأَخِيهِ ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَ الَّذِي قَتَلَهُ أَخُوهُ وَحْدَهُ دُونَ قَاتِلِهِ ، فَإِنْ بَادَرَ أَحَدُهُمَا فَقَتَلَ صَاحِبَهُ ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَسَقَطَ الْقِصَاصُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُ أَخَاهُ ؛ ^(١٨) لِكُونِهِ قَتْلًا ^(١٩) بِحَقِّ ، فَلَا يَمْنَعُ الْمِيرَاثُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلْمَقْتُولِ ابْنٌ / ، أو ابْنُ ابْنٍ يَحْجُبُ الْقَاتِلَ ، فَيَكُونُ لَهُ قَتْلُ عَمِّهِ ، وَرِثَتُهُ إِنْ ^(٢٠) لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ سِوَاهُ . وَإِنْ تَشَاحَفَا الْمُبْتَدِئُ

١٨/٩ ظ

(١٣-١٣) سقط من : ب .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) ق ب : عن ١ .

(١٦) ق م : قتل ٤ .

(١٧-١٧) ق ب : لأنه قتل ٤ .

(١٨) ق ب : وإن ٤ .

منهما بالقتل ، اَحْتَمَلَ أَنْ يَتَدَا بِقَتْلِ الْقَاتِلِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ أَسْبَقُ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُفَرِّغَ
بينهما . وهذا قولُ القاضي ، ومذهبُ الشافعي ؛ لأنَّهما تساوَيَا في الاستِحْقَاقِ ،
فَيَصِيرُ^(١٩) إِلَى الْقُرْعَةِ ، وَأَيُّهُمَا قَتَلَ صَاحِبَهُ أَوَّلًا ، إِمَّا بِمُحَادَرَةٍ^(٢٠) أَوْ قُرْعَةٍ ، وَرِثَهُ ، فِي
قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ سِوَاهُ ، وَسَقَطَ عَنْهُ الْقِصَاصُ ، وَإِنْ كَانَ مُحْجُوبًا عَنْ
مِيرَاثِهِ كُلِّهِ ، فَلِوَارِثِ الْقَتِيلِ قَتْلُ الْآخَرِ . وَإِنْ عَفَا أَحَدُهُمَا عَنِ الْآخَرِ ، ثُمَّ قَتَلَ الْمَغْفُورُ
عَنْهُ الْعَافِيَ ، وَرِثَهُ أَيْضًا ، وَسَقَطَ عَنْهُ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ مِنَ الدِّيَةِ . وَإِنْ تَعَاَفَا جَمِيعًا عَلَى
الدِّيَةِ ، تَقَاصًا بِمَا اسْتَوْفَا فِيهِ ، وَوَجَبَ لِقَاتِلِ^(٢١) الْأُمِّ الْفَضْلُ عَلَى قَاتِلِ الْأَبِ ؛ لِأَنَّ عَقْلَ
الْأُمِّ نِصْفُ عَقْلِ الْأَبِ . وَيُخْرَجُ أَنْ يَسْقُطَ الْقِصَاصُ عَنْهُمَا ؛ لِتَسَاوِيِهِمَا فِي
اسْتِحْقَاقِهِ ، كَسُقُوطِ^(٢٢) الدَّيْنَيْنِ إِذَا تَسَاوَا ، وَلَئِنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى اسْتِيفَائِهِمَا مَعًا^(٢٣) ،
وَاسْتِيفَاءُ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ خِفَافٌ ، فَلَا يَجُوزُ ، فَتَعَيَّنَ السُّقُوطُ . وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا ابْنٌ يَحْبُجُّ عَمَّهُ عَنْ^(٢٤) مِيرَاثِ أَبِيهِ ، فَإِذَا قَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، وَرِثَهُ ابْنُهُ ، ثُمَّ
لِابْنِهِ أَنْ يَقْتُلَ عَمَّهُ ، وَيَرِثَهُ ابْنُهُ ، وَيَرِثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْابْنَيْنِ مَالَ أَبِيهِ وَمَالَ جَدِّهِ الَّذِي قَتَلَهُ
عَمَّهُ دُونَ الَّذِي قَتَلَهُ أَبُوهُ . وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنْتُ^(٢٥) ، فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ،
سَقَطَ الْقِصَاصُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَ نِصْفَ مَالِ أَخِيهِ وَنِصْفَ قِصَاصِي نَفْسِهِ ، فَسَقَطَ عَنْهُ
الْقِصَاصُ ، وَوَرِثَ مَالَ أَبِيهِ الَّذِي قَتَلَهُ أَخُوهُ وَنِصْفَ مَالِ أَخِيهِ وَنِصْفَ مَالِ أَبِيهِ الَّذِي قَتَلَهُ
هُوَ ، وَوَرِثَتِ الْبِنْتُ الَّتِي قَتَلَتْ أَبُوهَا نِصْفَ مَالِ أَبِيهَا وَنِصْفَ مَالِ جَدِّهَا الَّذِي قَتَلَهُ عَمُّهَا ،
وَلَهَا عَلَى عَمِّهَا نِصْفُ دِيَةِ قَتِيلِهِ .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « فَيَصِيرُ » .

(٢٠) لِي : « بِمُحَادَرَةٍ » .

(٢١) لِي : « الْقَاتِلِ » .

(٢٢) لِي : « لِسُقُوطِ » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : « م » .

(٢٤) لِي : « مِنْ » .

(٢٥) لِي : « ابْنَةٍ » .

فصل : أربعة إخوة ، قَتَلَ الأوَّلُ الثاني ، والثالثُ الرابع ، فالبقاصُ على الثالث ؛
لأنَّهُ لما قَتَلَ الرابع ، لم يرَته ، وورثه الأوَّل وحده^(٢٦) ، وقد كان للرَّابِع نصفُ بقاصي
الأوَّل ، فرجَعَ نصفُ بقاصه إليه ، فسقطَ ، ووجِبَ للثالث نصفُ الدِّيَةِ ، وكان
للأوَّل قَتْلُ الثالث ؛ لأنَّهُ لم يرَث من دَمِ نفسه شيئاً ، فإن قَتَلَهُ ، ورَّته في ظاهر المذهب ،
ويرث ما يرثه عن أخيه الثاني / ، وإن عفا عنه إلى الدِّيَةِ ، وجبَتْ عليه بكمالها يُقاصه
ينصفها . وإن كان لهما ورثة ، كان فيها من التفصيل مثل^(٢٧) الذي في^(٢٨) التي قبلها .

١٩/٩

١٤٢٧ - مسألة ، قال : (وَيُقْتَلُ الْوَلَدُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا)

هذا قولُ عامَّةِ أهل العلم ؛ منهم مالكٌ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ
الرأي . وحكى أصحابنا عن أحمد ، رواية ثانية ، أنَّ الابنَ لا يُقتلُ بأبيه ؛ لأنَّهُ ممن لا
تُقْبَلُ شهادته له بحقِّ النسبِ ، فلا يُقتلُ به ، كالأب مع ابنه . والمذهبُ أنَّه يُقتلُ به ؛
للابن ، والأخبارُ ، وموافقةُ القياس ، ولأنَّ الأبَ أعظمُ حرمةً وحَقاً من الأجنبيِّ ، فإذا قُتِلَ
بالأجنبيِّ ، فبالأبِ أوَّلَى ، ولأنَّهُ يُحدُّ بقَدْفِهِ ، فيقتلُ به ، كالأجنبيِّ . ولا يصحُّ قياسُ
الابنِ على الأبِ ؛ لأنَّ حرمةَ الوالدِ على الولدِ آكدُ ، والابنُ مُضافٌ إلى أبيه بلام التَّمْلِيكِ ،
بخلافِ^(١) الوالدِ مع الولدِ . وقد ذكر أصحابنا حديثين مُتعارضين عن سُرَاقَةَ ، عن
النَّبِيِّ ﷺ ؛ أحدهما ، أنَّه قال : « لَا يَقَادُ الْأَبُ مِنْ ابْنِهِ ، وَلَا الْابْنُ مِنْ أَبِيهِ » . والثاني
أنَّهُ كان يُقيَّدُ الأبُ مِنْ ابْنِهِ ، ولا يُقيَّدُ الابنُ مِنْ أَبِيهِ . رواه الترميذِيُّ^(٢) . وهذان
الحديثان ؛^(٣) الحديثُ الأوَّلُ لا نَعْرِفُهُ ، ولم نَجِدْهُ في كُتُبِ السُّنَنِ المشهورة ، ولا أُظُنُّ لَهُ

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧-٢٨) سقط من : ب .

(١-١) ب : د : الولد مع الوالد .

(٢) سقط من : الأصل . وأخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه بقادته أم لا ، من أبواب الديات .

عارضة الأحوذى ١٧٤/٦ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٤٢/٣ .

(٣) م نهادة : د أما .

أَصْلًا ، وَإِنْ كَانَ لَهُ أَصْلٌ فَهِيَ مُتَعَارِضَانِ مُتَدَايِعَانِ ، يَجِبُ اطِّرَاحُهُمَا ، وَالْعَمَلُ
بِالنَّصُوصِ الْوَاضِحَةِ الثَّابِتَةِ ، وَالْإِجْمَاعِ الَّذِي لَا تَجُوزُ مُخَالَفَتُهُ .

١٤٢٨ - مسألة ؛ قال : (وَيُقْتَلُ الْجَمَاعَةُ بِالْوَاحِدِ)

وَجَمَلُهُ أَنَّ الْجَمَاعَةَ إِذَا قَتَلُوا وَاحِدًا ، فَعَلِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الْقِصَاصُ ، إِذَا كَانَ كُلُّ^(١)
وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَوْ انْفَرَدَ بِفَعْلِهِ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَالْمُغِيرَةِ
ابْنِ شُعْبَةَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ . وَهَذَا قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَأَبُو سَلَمَةَ ، وَعَطَاءٌ ،
وَقَتَادَةُ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ
وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ .^(٢) وَحِكَايَ عَنْ^(٣) أَحْمَدَ رِوَايَةَ أُخْرَى ، لَا يُقْتَلُونَ بِهِ ، وَتَجِبُ عَلَيْهِمُ
الدِّيَّةُ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الزُّبَيْرِ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَحَبِيبِ بْنِ أَبِي ثَابِتٍ ، وَعَبِيدِ
الْمَلِكِ ، وَرَبِيعَةَ ، وَدَاوُدَ ، وَابْنَ الْمُثَنِّبِ . / وَحَكَاهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَرَوَى
عَنْ مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ ، وَابْنِ الزُّبَيْرِ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَالزُّهْرِيِّ ، أَنَّهُ يُقْتَلُ مِنْهُمْ وَاحِدٌ ، وَيُؤْخَذُ
مِنَ الْبَاقِينَ حِصَصُهُمْ مِنَ الدِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُكَافِئٌ لَهُ ، فَلَا تُسْتَوْفَى أَبْدَالُ
بِمُتَدَلٍّ وَاحِدٍ ، كَمَا لَا تَجِبُ دِيَاتُ لِمُقْتُولٍ وَاحِدٍ ، وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ الْحُرُّ
بِالْحُرِّ ﴾^(٤) . وَقَالَ : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾^(٥) . فَمُقْتَضَاهُ أَنَّهُ لَا
يُؤْخَذُ بِالنَّفْسِ أَكْثَرُ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ ، وَلِأَنَّ التَّفَاوُثَ فِي الْأَوْصَافِ يَمْتَنِعُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْحُرَّ
لَا يُؤْخَذُ بِالْعَبْدِ ، وَالتَّفَاوُثُ فِي الْعَدَدِ أَوْلَى . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّبِ : لَا حُجَّةَ مَعَ مَنْ أَوْجَبَ
قَتْلَ جَمَاعَةٍ بِوَاحِدٍ . وَلَنَا ، لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، رَوَى سَعِيدُ بْنُ
الْمُسَيَّبِ ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، قَتَلَ سَبْعَةَ مِنْ أَهْلِ صَنْعَاءَ قَتَلُوا رَجُلًا ،

١٩/٩ ط

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢-٣) في الأصل ، ب : وعن .

(٣) سورة البقرة ١٧٨ .

(٤) سورة المائدة ٤٥ .

وقال : لو ثَمَالاً عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتَهُمْ جَمِيعاً^(٥) . وعن عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَتَلَ ثَلَاثَةً قَتَلُوا رَجُلًا^(٦) . وعن ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَتَلَ جَمَاعَةً بِوَاحِدٍ^(٧) ، وَلَمْ يَعْرِفْ لَهُمْ فِي عَصْرِهِمْ مُخَالِفٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلَئِنَّمَا عُقُوبَةٌ تَجِبُ^(٨) لِلوَاحِدِ عَلَى الْوَاحِدِ ، فَوَجِبَتْ لِلوَاحِدِ^(٩) عَلَى الْجَمَاعَةِ ، كَحَدِّ الْقَذْفِ . وَيُقَارِقُ الدِّيَّةَ ، فَإِنَّهَا تَبْعُضُ ، وَالْقِصَاصُ لَا يَتَبْعُضُ ، وَلَئِنَّ الْقِصَاصَ لَوْ سَقَطَ بِالِاشْتِرَاكِ ، أَذَى إِلَى التَّسَارُعِ إِلَى الْقَتْلِ بِهِ ، فَيُؤْذَى إِلَى إِسْقَاطِ حِكْمَةِ الرُّذُوحِ وَالزُّجَرِ .

فصل : وَلَا يُعْتَبَرُ فِي رُجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَى الْمُشْتَرِكِينَ التَّسَاوِي فِي سَبَبِهِ ، فَلَوْ جَرَحَهُ رَجُلٌ جُرْحًا وَالْآخَرُ مَاتَ ، أَوْ جَرَحَهُ أَحَدُهُمَا مُوضِحَةً وَالْآخَرُ أَمَةً ، أَوْ أَحَدُهُمَا جَانِفَةً وَالْآخَرُ غَيْرَ جَانِفَةٍ ، فَمَاتَ ، كَانَا سَوَاءً فِي الْقِصَاصِ وَالدِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ التَّسَاوِي يُفْضِي إِلَى سَقُوطِ الْقِصَاصِ عَنِ الْمُشْتَرِكِينَ ، إِذْ لَا يَكَادُ جُرْحَانِ يَتَسَاوِيَانِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، وَلَوْ اخْتَمَلَ التَّسَاوِي لَمْ يَثْبُتِ الْحُكْمُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ يُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِوُجُودِهِ ، وَلَا يُكْتَفَى بِاخْتِمَالِ الْوُجُودِ ، بَلِ الْجَهْلُ بِوُجُودِهِ كَالْعِلْمِ بَعْدَمِهِ فِي انْتِفَاءِ الْحُكْمِ ، وَلَئِنَّ الْجُرْحَ الْوَاحِدَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَمُوتَ مِنْهُ دُونَ الْمَاتَةِ ، كَمَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَمُوتَ مِنَ الْمُوضِحَةِ دُونَ الْأَمَةِ ، وَمِنْ غَيْرِ الْجَانِفَةِ / دُونَ الْجَانِفَةِ ، وَلَئِنَّ الْجِرَاحَ إِذَا صَارَتْ نَفْسًا سَقَطَ اعْتِبَارُهَا ، فَكَانَ حُكْمُ الْجَمَاعَةِ كَحُكْمِ الْوَاحِدِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَطَعَ أَطْرَافَهُ كُلُّهَا فَمَاتَ ، وَجَبَتْ دِيَّةٌ وَاحِدَةً ، كَمَا لَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ فَمَاتَ .

فصل : إِذَا اشْتَرَكَ ثَلَاثَةٌ فِي قَتْلِ رَجُلٍ ، فَقَطَعَ أَحَدُهُمْ يَدَهُ ، وَالْآخَرُ رِجْلَهُ ، وَأَوْضَحَهُ الثَّالِثُ ، فَمَاتَ ، فَلِلثَلَاثَةِ قَتْلُ جَمِيعِهِمْ ، وَالْعَفْوُ عَنْهُمْ إِلَى الدِّيَّةِ ، فَيَأْخُذُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثُهَا ، وَلَهُ أَنْ يَغْفُوَ عَنْ وَاحِدٍ ، فَيَأْخُذُ مِنْهُ ثُلُثُ الدِّيَّةِ ، وَيَقْتُلُ الْآخَرَيْنِ ، وَلَهُ أَنْ يَغْفُوَ عَنِ اثْنَيْنِ ، فَيَأْخُذُ مِنْهُمَا ثُلُثِي الدِّيَّةِ ، وَيَقْتُلُ الثَّالِثَ ، فَإِنْ بَرَأَتْ

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٤٦١ .

(٦) انظر لحديث عليٍّ ما أخرجه ابن أبي شيبة ، في : المصنف ٣٤٨/٩ . ولحديث ابن عباسٍ انظر ما أخرجه عبد

الرزاق ، في : المصنف ٤٧٩/٩ .

(٧-٨) سقط من : ب . نقل نظر .

جراحةُ أحدهم ، ومات من الجرحَين الآخرين ، فله أن يقتصر من الذي برأ جرحه بمثل جرحه ، ويقتل الآخرين ، أو يأخذَ منهما ديةً كاملةً ، أو يقتل أحدهما ويأخذ من الآخر نصفَ الدية ، وله أن يعفو عن الذي برأ جرحه ، ويأخذ منه ديةً جرحه . فإن ادعى الموضح أن جرحه برأ قبل موته ، وكذبه شريكاه ، نظرت في الولي ، فإن صدقه ثبت حكم البرء بالنسبة إليه ، فلا يملك قتله ، ولا مطالبته بثلث الدية ، وله أن يقتصر منه موضحه ، أو يأخذ منه أرشها ، ولم يقبل قوله في حق شريكه^(٨) ، لأن الأصل عدم البرء فيها ، لكن إن اختار الولي القصاص ، فلا فائدة لهما في إلكار ذلك ؛ لأن له أن يقتلها ، سواء برأت أو لم تبرأ . وإن اختار الدية ، لم يلزمهما أكثر من ثلثيها . وإن كذبه الولي ، حلف ، وله الاقتصار منه ، أو مطالبته بثلث الدية ، ولم يكن له مطالبة شريكه^(٩) بأكثر من ثلثيها^(١٠) . فإن شهد له شريكاه ببرئها ، لزمهما الدية كاملة ؛ لإقرارهما بوجوبها ، وللولي أخذها منهما إن صدقهما ، وإن لم يصدقهما ، وعفا إلى الدية ، لم يكن له أكثر من ثلثيها ؛ لأنه لا يدعى أكثر من ذلك . وتقبل شهادتهما ، إن كانا قد تابا وعذلا ؛ لأنهما لا يجريان إلى أنفسهما بذلك نفعاً ، فيسقط القصاص عنه ، ولا يلزمه أكثر من أرضي موضحه .

فصل : إذا قطع رجل يده من الكوع ، ثم قطعها آخر من المرفق ، ثم مات ، نظرت ؛ فإن كانت جراحة الأول برأت قبل / قطع الثاني ، فالثاني هو القاتل وحده ، وعليه القود ، أو الدية كاملة ، إن عفا عن قتله ، وله قطع يد الأول ، أو نصف^(١١) الدية ، وإن لم تبرأ ، فهما قاتلان ، وعليهما القصاص في النفس ، وإن عفا إلى الدية ، وجبت عليهما . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة :^(١٢) القاتل هو^(١٣) الثاني وحده ،

(٨) في ب ، م : شريكه .

(٩) في النسخ : ثلثها .

(١٠) في الأصل : ونصف .

(١١-١٢) في م : هو القاتل .

ولا قصاصَ على الأول في النفس ؛ لأنَّ قَطَعَ الثاني قَطْعَ سِرِّيَّةٍ ، قَطَعَهُ ومات بعدَ زَوَالِ جَنَاتِهِ ، فَأَشْبَهَ ما لو ائْتَمَلَ جُرْحُهُ . وقال مالك : إن قَطَعَهُ الثاني عَقِيبَ قَطْعِ الأول ، قَتَلًا جميعًا ، وإن عاش بعدَ قَطْعِ الأول حتى أَكَلَ وشَرِبَ ، ومات عَقِيبَ قَطْعِ الثاني ، فالثاني هو القاتل وحده ، وإن عاش بعدهما حتى أَكَلَ وشَرِبَ ، فللأولياء أن يُقْسِمُوا على أيَّهما شَاءُوا وَيَقْتُلُوهُ . ولنا ، أنَّهما قَطَعَانِ لو مات بعدَ كُلِّ واحدٍ منهما وحده ، لَوَجِبَ عليه القصاصُ ، فإذا مات بعدهما ، وَجِبَ عليهما القصاصُ ، كما لو كان في يَدَيْنِ ، ولأنَّ القَطْعَ الثاني لا يَمْنَعُ جَنَاتِهِ بعده ، فلا يَسْقُطُ حُكْمُ ما قبله ، كما لو كان في يَدَيْنِ ، ولا تُسَلَّمُ زَوَالُ جَنَاتِهِ ، ولا قَطْعُ سِرِّيَّتِهِ ، فإنَّ الأَكْمَ الحاصِلَ بالقَطْعِ الأول لم يَزُلْ ، وإِنَّمَا انْضَمَّ إليه الأَكْمُ الثاني ، فَضَعُفَتْ ^(١٢) النَّفْسُ عن اخْتِمَالِهما ^(١٣) ، فَزَهَقَتْ بهما ، فَكَانَ ^(١٤) الْقَتْلُ بهما . وَيُخَالِفُ الْاِئْتِمَالُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَبْقَى معه الأَكْمُ الَّذِي حَصَلَ في الأَعْضَاءِ الشَّرِيفَةِ ، فَاخْتَلَفَا . فَإِنْ ادَّعَى الأولُ أَنَّ جُرْحَهُ ائْتَمَلَ ، فَصَدَّقَهُ الْوَلِيُّ ، سَقَطَ عنه القَتْلُ ، وَلَزِمَهُ الْقِصَاصُ في الْيَدِ أَوْ نِصْفِ الدِّنْيَةِ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ شَرِيكُهُ ، وَاخْتَارَ الْوَلِيُّ الْقِصَاصَ ، فلا فائِدَةَ لَهُ في تَكْذِيبِهِ ؛ لِأَنَّ قَتْلَهُ وَاجِبٌ ، وَإِنْ عَفَا عنه إِلَى الدِّنْيَةِ ، فالقولُ قولُهُ مع يَمِينِهِ ، ولا يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الدِّنْيَةِ . وَإِنْ كَذَّبَ الْوَلِيُّ الأولُ ، حَلَفَ ، وَكَانَ لَهُ قَتْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ ما ادَّعاه . ولو ادَّعَى الثاني ائْتِمَالَ جُرْحِهِ ، فالحكمُ فيه كالحُكْمِ في الأولِ إذا ادَّعَى ذلك .

١٤٢٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَطَعُوا يَدًا ^(١) ، قُطِعَتْ نَظِيرُهَا مِنْ / كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ)

وجملته أن الجماعة إذا اشتتركوا في جرح موجب للقصاص ، وَجِبَ الْقِصَاصُ على

(١٢) في الأصل : « فضعف » .

(١٣) في ب ، م : « احتالما » .

(١٤) في م : « فكل » .

(١) في ب ، م : « بها » .

جميعهم . وبه قال مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور . وقال الحسن ،
والزهري ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، وابن المنير : لا تُقَطَّع يدان بيد واحدة .
ويتعين ذلك وجهها في مذهب أحمد ؛ لأنه روي عنه أن الجماعة لا يقتلون بالواحد . وهذا
تنبيه على أن الأطراف لا تؤخذ بطرف واحد ؛ لأن الأطراف يُعتبر التساوي فيها ، بذليل أنا
لا نأخذ الصريحة بالشلاء ، ولا كاملة الأصابع بناقصتها ، ولا أصلية بزائدة ، ولا زائدة
بأصلية ، ولا يمينًا بيسار ، ولا يسارًا بيمين ، ولا تساوي بين الطرف والأطراف ،
فوجب امتناع القصاص بينهما ، ولا يُعتبر التساوي في النفس ، فإننا نأخذ الصريح
بالمريض^(٢) ، وصحيح الأطراف بمقطوعها وأشلها ، وأنه يُعتبر في القصاص في
الأطراف التساوي في نفس القطع ، بحيث لو قطع كل واحد من جانب ، لم يجب
القصاص ، بخلاف النفس ، ولأن الاشتراك الموجب للقصاص في النفس يقع كثيرًا ،
فوجب القصاص زجرًا عنه ، كيلا يتخذ وسيلة إلى كثرة القتل ، والاشتراك المختلف
فيه لا يقع إلا في غاية الندرة ، فلا حاجة إلى الزجر عنه ، ولأن إيجاب القصاص على
المشتركين في النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك ، أو عن^(٣) الاشتراك المعتاد ،
وإيجابه على^(٤) المشتركين في الطرف ، لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد ، ولا
عن شيء من الاشتراك ، إلا عن^(٥) صورة نادرة الوقوع ، بعيدة الوجود ، يحتاج في
وجودها إلى تكليف ، فإيجاب القصاص للزجر عنها يكون منعا لشيء مُمتنع بنفسه
لصعوبته ، وإطلاقا في القطع السهل المعتاد بنفي القصاص عن فاعله ، وهذا لا فائدة
فيه ، بخلاف الاشتراك في النفس ، يُحققه أن وجوب القصاص على^(٦) الجماعة بواحد في
النفس والطرف على خلاف الأصل ، لكونه يأخذ في الاستيفاء زيادة على ما فوت

(٢) في ب : والمريض .

(٣) في ب : وعن .

(٤) في ب ، م ، هـ : عن .

(٥) في م : على .

(٦) في ب : عن .

عليه^(٧)، ويُحِلُّ بالتمثيلِ المنصوصِ على التَّهْيِ عَمَّا عَدَّاه ، / وإِنَّمَا حُوِّلَ هَذَا الْأَصْلُ
 فِي الْأَنْفُسِ ، زَجَرَ عَنِ الْإِشْرَاقِ الَّذِي يَقَعُ الْقَتْلُ بِهِ غَالِبًا ، ففِيمَا عَدَّاه يَجِبُ الْبَقَاءُ عَلَى
 أَصْلِ التَّحْرِيمِ ، وَلِأَنَّ النَّفْسَ أَشْرَفَ مِنَ الطَّرْفِ ، وَلَا يَتَزَمُّ مِنَ الْمُحَافَظَةِ عَلَيْهَا بِأَخِذِ
 الْجَمَاعَةِ بِالْوَحِيدِ ، الْمُحَافَظَةُ عَلَى مَا دُونِهَا بِذَلِكَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَنَّ شَاهِدَيْنِ شَهِدَا عِنْدَ
 عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَلَى رَجُلٍ بِالسَّرْقَةِ ، فَقَطَعَ يَدَهُ ، ثُمَّ جَاءَ بآخَرَ ، فَقَالَا^(٨) : هَذَا
 هُوَ السَّارِقُ ، وَأَخْطَأْنَا فِي الْأَوَّلِ : فَرَدَّ شَهَادَتَهُمَا عَلَى الثَّانِي ، وَغَرَّمَهُمَا دِيَّةَ يَدٍ^(٩)
 الْأَوَّلِ ، وَقَالَ : لَوْ عَلِمْتُ أَنَّكُمَا تَعَمَّدْتُمَا ، لَقَطَعْتُكُمَا^(١٠) . فَأَخْبَرَ أَنَّ الْقِصَاصَ عَلَى
 كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَوْ تَعَمَّدَا قَطَعَ يَدَ^(١١) وَاحِدَةٍ . وَلِأَنَّهُ أَحَدٌ تَوَعَّى الْقِصَاصَ ، فَتَوَخَّذُ
 الْجَمَاعَةُ بِالْوَحِيدِ كَالْأَنْفُسِ ، وَأَمَّا اعْتِبَارُ التَّسَاوِيِ ، فَيَعْتَلُهُ فِي الْأَنْفُسِ ، فَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ
 التَّسَاوِيُ فِيهَا ، فَلَا نَأْخُذُ مُسْلِمًا بِكَافِرٍ ، وَلَا حُرًّا بِعَبْدٍ ، وَأَمَّا أَخْذُ صَحِيحِ الْأَطْرَافِ
 بِمَقْطُوعِهَا ، فَلِأَنَّ الطَّرْفَ لَيْسَ هُوَ^(١٢) مِنَ النَّفْسِ الْمُقْتَصَّةِ^(١٣) مِنْهَا ، وَإِنَّمَا يُفَوِّتُ تَبْعًا ،
 وَلِلذَلِكَ كَانَتْ دِيَّتُهُمَا^(١٤) وَاحِدَةً ، بِخِلَافِ الْيَدِ النَّاقِصَةِ وَالشَّلَاءِ مَعَ الصَّحِيحَةِ ، فَإِنْ
 دِيَّتُهُمَا^(١٥) مُخْتَلِفَةٌ . وَأَمَّا اعْتِبَارُ التَّسَاوِيِ فِي الْفِعْلِ ، فَإِنَّمَا اعْتَبِرَ فِي الْيَدِ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ
 مُبَاشَرَتَهَا بِالْقَطْعِ ، فَإِذَا قَطَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا^(١٦) مِنْ جَانِبٍ ، كَانَ فِعْلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
 مُتَمَيِّزًا عَنِ فِعْلِ صَاحِبِهِ ، فَلَا يَجِبُ عَلَى إِنْسَانٍ قَطْعُ مَحَلٍّ لَمْ يَقْطَعْ مِثْلَهُ ، وَأَمَّا النَّفْسُ ، فَلَا
 يُمَكِّنُ مُبَاشَرَتَهَا بِالْفِعْلِ ، وَإِنَّمَا أَفْعَالُهُمْ فِي الْبَدَنِ ، فَيُنْفِضِي أَلَمَهُ إِلَيْهَا فَتَزْهَقُ ، وَلَا
 يَتَمَيِّزُ أَلَمُ فِعْلِ أَحَدِهِمَا مِنْ أَلَمِ فِعْلِ الْآخَرِ ، فَكَانَا كَالْقَاطِعَيْنِ فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ ،

(٧) فِي ب : ٥ : عِلْمُهُ .

(٨) فِي م : ٥ : قَالَا .

(٩) سَقَطَ مِنْ م : .

(١٠) تَقْدِيمُ تَعْرِيفِهِ ، فِي صَفْحَةِ ٤٥٦ .

(١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٣) فِي ب : ٥ : دِيَّتُهَا .

(١٤) فِي م : ٥ : مِنْهَا .

ولذلك^(١٥) لا يُستَوْفَى من الطَّرَفِ إلَّا في المَفْصِلِ الذي قَطَعَ الجاني منه ، ولا يجوزُ تجاوزُهُ ، وفي النفسِ لو قَتَلَهُ بِجُرْحٍ في بَطْنِهِ أو جَنْبِهِ أو غيرِ ذلك ، كان الاستيفاءُ من العُنُقِ دونَ المَحَلِّ الذي وَقَعَتِ الجَنَائَةُ فيه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّما يَجِبُ القِصاصُ على المُشْتَرَكِينَ في الطَّرَفِ ، إذا اشْتَرَكُوا فيه على وَجْهِ لا يَمَيِّزُ فِعْلَ أَحَدِهِم عن فِعْلِ الآخرِ ؛ إمَّا بأنْ يَشْهَدُوا عليه بما يُوجِبُ قَطْعَهُ ، فيُقَطَّعُ ، ثم يَرْجِعُونَ عن الشَّهادَةِ ، أو يُكْرِهُوا إنسانًا على قَطْعِ طَرَفٍ ، فيَجِبُ قَطْعُ المُكْرِهِينَ كُلِّهِمُ والمُكْرَهُ ، أو يُلْقُوا صَخْرَةً على طَرَفِ إنسانٍ ، فيَقْطَعُهُ ، أو يَقْطَعُوا يَدًا ، أو يَقْلَعُوا عَيْنًا ، بضَرْبَةٍ واحدةٍ ، أو يَضَعُوا حديدَةً على / مَفْصِلٍ ، ويتَحَامَلُوا عليها جميعًا ، أو يَمْدُدُوهَا ، قَتِيلٌ ، فإن قَطَعَ كُلُّ واحدٍ منهم من جانبٍ ، أو قَطَعَ أَحَدُهُم بعضَ المَفْصِلِ ، وأَتَمَّهُ غيرُهُ ، أو ضَرَبَ كُلُّ واحدٍ ضَرْبَةً ، أو وَضَعُوا مِشْشَارًا على مَفْصِلِهِ ، ثم مَدَّهُ كُلُّ واحدٍ إليه مَرَّةً^(١٦) حتى بَانَتِ اليَدُ ، فلا قِصاصَ فيه ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهم^(١٧) لم يَقْطَعِ اليَدَ ، ولم يُشَارِكْ في قَطْعِ جَمِيعِهَا ، وإن كان فِعْلُ^(١٨) واحدٍ منهم يُمَكِّنُ الاقْتِصاصَ بِمُفْرَدِهِ ، اقتَصَرَ منه . وهذا مذهبُ الشافعيِّ .

٢٢/٩

١٤٣٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَتَلَ الْأَبُ وَغَيْرُهُ عَمْدًا ، قُتِلَ مِنْ سِوَى الْأَبِ)

وهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو ثورٍ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، لا قِصاصَ على واحدٍ منهما . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْيِ ؛ لأنَّه قَتَلَ تَرَكَبَ من مُوجِبٍ وغيرِ مُوجِبٍ ، فلم يُوجِبْ ، كَقَتْلِ العَامِدِ والحَاطِي ، والصَّبِيِّ والبَالِغِ ، والمَجْنُونِ والعَاقِلِ . ولنا ، أنَّه شَارَكَ في القَتْلِ العَمْدِ العُدْوَانِ مِنْ^(١) يُقْتَلُ به لو انفَرَدَ بِقَتْلِهِ ، فَوَجَبَ عليه القِصاصُ ،

(١٥) في ب : و كذلك .

(١٦) في ب زيادة : مرة .

(١٧) في ب : منها .

(١٨) في الأصل ، م : قتل .

(١) في الأصل ، م : فمن .

كَشْرِيكَ الْأَجْنَبِيَّ ، وَلَا تُسَلِّمْ أَنْ فَعَلَ الْأَبِ غَيْرُ مُوجِبٍ ؛ فَإِنَّهُ يَفْتَضِي الْإِيجَابَ لَكُزْنِهِ تَمَحُّضَ عَمْدًا عُدُوًّا ، وَالْجِنَايَةَ بِهِ أَغْظَمُ إِنَّمَا ، وَأَكْثَرُ جُرْمًا ، وَلِذَلِكَ خَصَّهُ اللَّهُ تَعَالَى بِالنَّهْيِ عَنْهُ ، فَقَالَ : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ ﴾ . ثُمَّ قَالَ : ﴿ إِنْ قَتَلْتُمْ كَانَ خِطَئًا كَبِيرًا ﴾ ^(١) . وَلَمَّا سُئِلَ النَّبِيُّ ﷺ عَنْ أَغْظَمِ الذَّنْبِ ، قَالَ : « أَنْ تَجْعَلَ لِلَّهِ نِدَاءً وَهُوَ خَلَقَكَ ، ثُمَّ أَنْ تَقْتُلَ وَلَدَكَ خَشْيَةَ أَنْ يَطْعَمَ مَمْلَكَ » ^(٢) . فَجَعَلَهُ أَغْظَمَ الذُّنُوبِ بَعْدَ الشَّرِكِ ، وَلِأَنَّهُ قَطَعَ الرَّحِمَ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِصِلَتِهَا ، وَوَضَعَ الْإِسَاءَةَ مُوَضِّعَ الْإِحْسَانِ ، فَهُوَ أَوْلَى بِالِيجَابِ الْعُقُوبَةِ وَالزُّجْرِ عَنْهُ ، وَإِنَّمَا اِمْتَنَعَ الرَّجُوبُ فِي حَقِّ الْأَبِ لِمَعْنَى مُخْتَصِّصٍ بِالْمَحَلِّ ، لَا لِقُصُورٍ فِي السَّبَبِ الْمُوجِبِ ، فَلَا يَمْتَنِعُ عَمَلُهُ فِي الْمَحَلِّ الَّذِي لَا مَانِعَ فِيهِ ، وَأَمَّا شَرِيكَ الْخَاطِئِ ، فَلَنَافِيهِ مَنَعٌ ، وَمَعَ التَّسْلِيمِ فَاِمْتِنَاعُ الرَّجُوبِ فِيهِ لِقُصُورِ السَّبَبِ عَنِ الْإِيجَابِ ، فَإِنْ فَعَلَ الْخَاطِئُ غَيْرُ مُوجِبٍ لِلْقِصَاصِ ، وَلَا صَالِحٍ لَهُ ، وَالْقَتْلُ مِنْهُ وَمِنْ شَرِيكَهِ غَيْرُ مُتَمَحِّضٍ عَمْدًا ؛ لَوْ قُورِعَ الْخَطِئُ فِي الْفِعْلِ الَّذِي حَصَلَ بِهِ زُهُوقُ النَّفْسِ ، بِمَخْلَافِ مَسَائِلِنَا .

فصل : وَكُلُّ شَرِيكَيْنِ اِمْتَنَعَ الْقِصَاصُ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا ، لِمَعْنَى فِيهِ مِنْ غَيْرِ قُصُورٍ فِي السَّبَبِ ، فَهُوَ فِي رُجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَى شَرِيكَهِ / كَالْأَبِ وَشَرِيكَهِ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِكَ مُسْلِمٌ وَذِمِّيٌّ فِي قَتْلِ ذِمِّيٍّ ، أَوْ حُرٌّ وَعَبْدٌ فِي قَتْلِ عَبْدٍ ، عَمْدًا عُدُوًّا ، فَإِنَّ الْقِصَاصَ لَا

(٢) سورة الإسراء ٣١ .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ فَلَا تَجْعَلُوا لِلَّهِ أَنْدَادًا وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ ، وباب : ﴿ وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ ... ﴾ ، ومن كتاب التفسير ، وفي : باب قتل الولد خشية أن يأكل معه ، من كتاب الأدب ، وفي : باب إثم الزناة ، من كتاب الحدود ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ ﴾ ، من كتاب الديات ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ فَلَا تَجْعَلُوا لِلَّهِ أَنْدَادًا ﴾ ، من كتاب التوحيد . صحيح البخاري ٢٢/٦ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ٩/٨ ، ٢٠٤ ، ٢/٩ ، ١٨٦ . ومسلم ، في : باب كون الشرك أفتح الذنوب وبين أعظمها بعده ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٩٠/١ ، ٩١ . وأبو داود ، في : باب في تعظيم الزنى ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٩/١ ، ٥٤٠ . والترمذي ، في : باب ومن سورة الفرقان ، من أبواب التفسير ، عارضة الأخوذى ٥٧/١٢ . والنسائي ، في : باب ذكر أعظم الذنوب ، من كتاب تحريم الدم . المجتبى ٨٢/٧ ، ٨٣ ، والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨٠/١ ، ٤٣١ ، ٤٣٤ ، ٤٦٢ .

(٤-٤) سقط من : م . نقل نظر .

يَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِ وَالْحُرِّ ، وَيَجِبُ عَلَى الذَّمَّى وَالْعَبْدِ ، إِذَا قُلْنَا بِوُجُوبِهِ عَلَى شَرِيكَ الْأَبِ ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْقِصَاصِ عَنِ الْمُسْلِمِ لِإِسْلَامِهِ ، وَعَنِ الْحُرِّ لِحُرِّيَّتِهِ ، وَانْتِفَاءُ مُكَافَأَةِ الْمَقْتُولِ لَهُ ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَتَعَدَّى إِلَى فِعْلِهِ ، وَلَا إِلَى شَرِيكِهِ ، فَلَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ عَنْهُ . وَقَدْ نَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ ، قَالَ : سَأَلْتُ أَبِي عَنْ حُرِّ وَعَبْدٍ قَتَلَا عَبْدًا عَمْدًا ، قَالَ : أَمَّا الْحُرُّ فَلَا يُقْتَلُ بِالْعَبْدِ ، وَعَلَى الْحُرِّ نِصْفُ قِيَمَةِ الْعَبْدِ فِي مَالِهِ ، وَالْعَبْدُ إِنْ شَاءَ سَيِّدُهُ أَسْلَمَهُ ، وَإِلَّا فَدَاهُ بِنِصْفِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ . وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا قِصَاصَ عَلَى الْعَبْدِ ، فَيُخْرِجُ مِثْلَ ذَلِكَ فِي كُلِّ قَتْلِ شَارَكَ فِيهِ مَنْ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ .

١٤٣١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَكَ فِي الْقَتْلِ صَبِيٌّ وَمَجْنُونٌ وَبَالِغٌ ، لَمْ يُقْتَلْ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ، وَعَلَى الْعَاقِلِ ثُلُثُ الدِّيَةِ فِي مَالِهِ ، وَعَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ثُلُثُ الدِّيَةِ وَعَقْلٌ وَفَتْنٌ فِي أَمْوَالِهِمَا ؛ (لِأَنَّ عَمْدَهُمَا خَطَأً))

أَمَّا إِذَا شَارَكَ^(١) فِي الْقَتْلِ مَنْ لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ لِمَعْنَى فِي فِعْلِهِ^(٢) ؛ كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَاةٌ أُخْرَى ، أَنَّ الْقَوْدَ يَجِبُ عَلَى الْبَالِغِ الْعَاقِلِ . حَكَاهَا ابْنُ^(٣) الْمُثَنِّبِ عَنْ أَحْمَدَ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ . وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ قَتَادَةَ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَحَمَّادٍ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ عُقُوبَةٌ تَجِبُ عَلَيْهِ جَزَاءً لِفِعْلِهِ ، فَمَتَى كَانَ فِعْلُهُ عَمْدًا عُدْوَانًا ، وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَيْهِ ، وَلَا نَظَرَ^(٤) إِلَى فِعْلِ شَرِيكِهِ بِحَالٍ ، وَلَئِنْ شَارَكَ فِي الْقَتْلِ عَمْدًا عُدْوَانًا ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، كَشَرِيكِ الْأَجْنَبِيِّ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِنَّمَا

(١-١) سقط من : الأصل ، ب . وسيأتي التخصيص عليه خلال الشرح .

(٢) في الأصل ، م : « شاركوا » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : م .

(٥) في م : « ننظر » .

يُؤَاخِذُ^(٦) يَفْعَلُهُ لَا يَفْعَلُ غَيْرِهِ . فعلٌ هذا ، يُعْتَبَرُ فِعْلُ الشَّرِيكِ مُتَفَرِّدًا ، فَمَتَى تَمَحَّضَ عَمْدًا عُدُوًّا ، وَكَانَ الْمَقْتُولُ مُكَافِئًا لَهُ ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ . وَبَنَى الشَّافِعِيُّ قَوْلَهُ عَلَى أَنَّ فِعْلَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ إِذَا تَعَمَّدَاهُ عَمْدًا ؛ لِأَنَّهُمَا يَقْصِدَانِ الْقَتْلَ ، وَإِنَّمَا سَقُوطُ الْقِصَاصِ عَنْهُمَا لِمَعْنَى فِيهِمَا ، وَهُوَ عَدَمُ التَّكْلِيفِ ، فَلَمْ يَقْتَضِ سَقُوطُهُ / عَنْ شَرِيكَيْهِمَا ، كَالْأَبْوَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَارَكَ مَنْ لَا مَائِثَمَ عَلَيْهِ فِي فِعْلِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ قِصَاصُ كَشْرِيكِ الْخَاطِئِ ، وَلِأَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونِ لَا قَصْدَ لِهَما صَحِيحٌ ، وَهَذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُمَا ، فَكَانَ حُكْمُ فِعْلِهِمَا حُكْمَ الْخَطَا ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ الْخَرَقِيِّ : عَمْدُهُمَا عَطَا .

أَيُّ فِي حُكْمِ الْخَطَا فِي الْإِنْفَاءِ الْقِصَاصِ عَنْهُ^(٧) ، وَمِقْدَارِ^(٨) دِيَّتِهِ ، وَحَمْلِ عَاقِلَتَيْهِمَا إِيَّاهَا ، وَوُجُوبِ الْكَفَّارَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الدِّيَّةَ تَجِبُ عَلَيْهِمْ أَثْلَاثًا ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُهَا ؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ بَدَلُ الْمَحَلِّ ، وَلِذَلِكَ اخْتَلَفَتْ بِاخْتِلَافِهِ ، وَالْمَحَلُّ الْمُتَلَفُّ وَاحِدٌ ، فَكَانَتْ دِيَّتُهُ وَاحِدَةً ، وَلِأَنَّهُا تَنْقَدِّرُ بِقَدْرِهِ ، أَمَّا الْقِصَاصُ ، فَإِنَّمَا كَمَلَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ لِأَنَّهُ جَزَاءُ الْفِعْلِ ، وَأَفْعَالُهُمْ مُتَعَدِّدَةٌ ، فَتَعَدَّدُ^(٩) فِي حَقِّهِمْ ، وَكَمَلَ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ ، كَمَا لَوْ قَدَفَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا ، لِأَنَّ الثُّلْثَ الْوَاجِبَ عَلَى الْمُكَلِّفِ يَلْزَمُهُ^(١٠) فِي مَالِهِ حَالًا ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ عَمْدٌ ، وَالْعَاقِلَةُ لَا تَحْمِلُ الْعَمْدَ ، وَمَا يَلْزَمُ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونِ ، فَعَلَى عَاقِلَتَيْهِمَا ؛ لِأَنَّ عَمْدَهُمَا خَطَا ، وَالْعَاقِلَةُ تَحْمِلُ جَنَايَةَ الْخَطَا إِذَا بَلَغَتْ ثُلْثَ الدِّيَّةِ ، وَتَكُونُ مُوَجَّلَةً عَامًّا ، فَإِنَّ الْوَاجِبَ مَتَى كَانَ ثُلْثُ الدِّيَّةِ ، كَانَ أَجَلُهُ عَامًّا ، وَيَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْكَفَّارَةُ فِي^(١١) مَالِهِ ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُمَا خَطَا ، وَالْقَاتِلُ الْخَاطِئُ وَالْمُشَارِكُ فِي الْقَتْلِ خَطَا ، يَلْزَمُهُ كَفَّارَةٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَجِبُ بَدَلًا عَنِ الْمَحَلِّ ، وَهَذَا لَمْ يَخْتَلِفْ ، وَإِنَّمَا

(٦) فِي ب ، ج : ٥ : يُؤَاخِذُ .

(٧) فِي م : ٥ : عَمْدٌ .

(٨) فِي م : ٥ : وَمِقْدَارٌ .

(٩) فِي م : ٥ : خَصَدٌ .

(١٠) فِي م : ٥ : يَلْزَمُ .

(١١) فِي ب ، م : ٥ : مِنْ .

وَجَبَتْ تَكْفِيرًا لِلْفِعْلِ ، وَمَخَرَّوْا لَأْتَرَهُ ، فَوَجَبَ ^(١٢) تَكْمِيلُهَا ، كَالْقِصَاصِ .

١٤٣٢ - مسألة : قال : (وَيُقْتَلُ الذَّكَرُ بِالْأُنْثَى ، وَالْأُنْثَى بِالذَّكَرِ)

هذا قول عامة أهل العلم ؛ منهم النخعي ، والشعبي ، والزهرري ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، وأهل المدينة ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، وغيرهم .
وروي عن علي ، رضي الله عنه ، أنه قال : يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ ، وَيُعْطَى أُولَاؤُهُ نَصْفُ الدِّيَةِ . أخرجه سعيد ^(١) . وروي مثل هذا عن أحمد . وحكى ذلك عن الحسن ، وعطاء . وحكى عنهما مثل قول الجماعة . ولعل من ذهب إلى القول الثاني يخرج بقول علي ، رضي الله عنه ، ولأن عقلها نصف عقله ، فإذا قتل بها بقي له بقية ، فاستوفيت ممن قتلته . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ الْنَفْسَ بِالْنَفْسِ ﴾ ^(٢) . وقوله : ﴿ الْحُرُّ بِالْحُرِّ ﴾ ^(٣) . مع عموم سائر النصوص ، وقد ثبت أن النبي ﷺ قتل يهودياً راض رأساً جارية من الأنصار ^(٤) . وروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ، عن أبيه ، عن جده ، أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والأसन ، وأن الرجل يقتل المرأة ^(٥) . وهو كتاب مشهور عند أهل العلم ، متلقى بالقبول عندهم ، ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما ^(٦) بقذف صاحبه ، فقتل كل واحد منهما بالآخر ،

٢٣/٩ ط

(١٢) في ب : فوجبت .

(١) وأخرجه ابن جرير ، في تفسير سورة البقرة ، الآية ١٧٨ . تفسير الطبري ١٠٥/٢ .

(٢) سورة المائدة ٤٥ .

(٣) سورة البقرة ١٧٨ .

(٤) تقدم غريبه ، في صفحة ٤٤٨ .

(٥) أخرجه الساق ، في باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول ، من كتاب القسامة . المجتبى ٥١/٨ ، ٥٢ . والدارمي ، في باب القودين الرجال والنساء ، من كتاب الدييات . سنن الدارمي ١٨٩/٢ ، ١٩٠ . والحاكم ، في : كتاب الزكاة . المستدرک ٣٩٥/١ - ٣٩٧ . والبيهقي ، في : باب قتل الرجل المرأة ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٢٨/٨ .

(٦) كذا في النسخ .

كالرجلين ، ولا يجب مع القصاصي شيء ؛ لأنه قصاص واجب ، فلم يجب^(٧) معه شيء على الْمُقْتَصِّ ، كسائر القصاصي ، واختلاف الأبدال لا عبرة به في القصاصي ، بدليل أن الجماعة يُقْتَلُونَ بالواحد ، والنصراني يُؤْخَذُ بالمجوسِي ، مع اختلاف دينيهما ، ويؤْخَذُ الْعَبْدُ بالعبد ، مع اختلاف قيمتهما .

فصل : ويُقْتَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ بِالْحَتَّى ، وَيُقْتَلُ بِهِمَا ؛ لَأَنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى .

١٤٣٣ - مسألة : قال : (وَمَنْ كَانَ يَنْتَهَمَا فِي النَّفْسِ قِصَاصٌ ، فَهُوَ يَنْتَهُمَا فِي الْجِرَاحِ)

وجملته أن كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس ، جرى القصاص بينهما في الأطراف ، فيقطع الحر المسلم بالحر المسلم ، والعبد بالعبد ، والذمي بالذمي ، والذكر بالأنثى ، والأنثى بالذكر ، ويقطع الناقص الكامل ، كالعبد بالحر ، والكافر بالمسلم . ومن لا يقتل بقتله ، لا يقطع طرفه بطرفه ، فلا يقطع مسلم بكافر ، ولا حر بعبد ، ولا والد^(٨) بولي . وهذا قال مالك ، والثوري ، والشافعي ، وأبو ثور ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال^(٩) أبو حنيفة : لا قصاص في الطرف بين مختلفي البدل ، فلا يقطع الكامل بالناقص ، ولا الناقص الكامل ، ولا الرجل المرأة ، ولا المرأة الرجل ، ولا الحر بالعبد ، ولا العبد بالحر^(١٠) ، ويقطع المسلم بالكافر ، والكافر بالمسلم ؛ لأن التكافؤ معتبر في الأطراف ، بدليل أن الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ، ولا الكاملة بالناقصة ، فكذا لا يؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة ، ولا يؤخذ طرفها بطرفه ،

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) في ب ، م ، د : ولد .

(٩) سقطت الواو من : ب ، م .

(١٠) في الأصل ، انفاة : ولا العبد بالعبد .

كما لا تؤخذ اليسرى باليمينى . ولنا ، أن من جرى بينهما القصاص فى النفس^(١) ، جرى^(٢) ، فى الطرف ، كالحرين ، وما ذكره يطلل بالقصاص فى النفس ، فإن التكافؤ معتبر ، بدليل أن المسلم لا يقتل بمستأمن ، ثم يلزمه أن يأخذ / الناقصة بالكاملة ؛ لأن المماثلة قد وجدت وزيادة ، فوجب أخذها بها إذا رضى المستحق ، كما تؤخذ ناقصة الأصابع بكاملة الأصابع ، وأما اليسار واليمين ، فيجرى مجرى النفسين^(٣) ، لاختلاف محلّيهما ، ولهذا استوى بدلّهما ، فعلم أنها ليست ناقصة عنها شرعاً ، ولا العلة فيهما^(٤) ذلك .

١٤٣٤ - مسألة : قال : (وَإِذَا قَتَلَهُ ، وَأَخَذَهُمَا مُحْطًى ، وَالْآخَرُ مُتَعَمِّدٌ ، فَلَا قَوْلَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَعَلَى الْغَايِدِ نِصْفُ الدِّينِ فِي مَالِهِ ، وَعَلَى عَاقِلَةِ الْمُحْطِى نِصْفُهَا ، وَعَلَيْهِ فِي مَالِهِ عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)

أما المحطى ، فلا قصاص عليه ؛ للكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾^(١) . وقال تعالى : ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ ﴾^(٢) . وأما السنة ، فقول النبي ﷺ : « عَفِيَ لِأُمَيِّى عَنِ الْخَطَا وَالنَّسِيَانِ »^(٣) . وأجمع أهل العلم على أنه لا قصاص عليه ، وأما شريكه فأكثر أهل العلم لا يرون عليه قصاصاً . وبه قال النحوي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروى عن أحمد ، أن عليه

(٤) سقط من : ب .

(٥) فى ب زيادة : بينهما .

(٦) فى م : النفس .

(٧) فى ب : فيها .

(١) سورة النساء ٩٢ .

(٢) سورة الأحزاب ٥ .

(٣) تقدم ترجمته فى : ١٤٦/١ .

الْقِصَاصُ . وحكى ذلك ^(٤) عن مالك ^(١) ؛ لأنه شارك في القتل عمداً عدواناً ، فوجب عليه القصاص ، كشريك العامد ، ولأن مؤاخذته بفعله ، وفعله عمد وعدوان ^(٢) لا عذر له فيه . ولنا ، أنه قتل لم يتمحض عمداً ، فلم يوجب القصاص ، كشريك الغمد ، وكألو قتله واحد بجرحين عمداً وخطأً ، ولأن كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب ^(٣) ، فإذا كانا عامدين ، فكل واحد متسبب إلى فعل موجب للقصاص ، فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه إليه ، وهما إذا أقمنا المخطئ مقام ^(٤) العامد ، صار كأنه قتله بعمد وخطأً ، وهذا غير موجب .

فصل : وهل يجب القصاص على شريك نفسه وشريك السبع ؟ فيه وجهان ، ذكرهما أبو عبد الله ابن حامد ، وصورة ذلك ، أن يجرحه سبع ، ويجرحه إنسان عمداً ، إما قبل ذلك أو بعده ، فيموت منهما ، أو يجرح نفسه عمداً ، ثم يجرحه ^(٥) غيره / عمداً ، فيموت منهما ، فهل يجب على المشارك له قصاص ؟ فيه وجهان . واختلف ^(٦) عن الشافعي فيه . وقال أصحاب الرأي : لا قصاص عليه ؛ لأنه شارك من لا يجب القصاص عليه ، فلم يلزمه قصاص ، كشريك الخطأ ، ولأنه قتل تركب من موجب وغير موجب ، فلم يوجب ، كالقتل الحاصل من عمد وخطأً ، ولأنه إذا لم يجب على شريك الخطأ وفعله مضمون ، فلأن لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى . والوجه الثاني ، عليه القصاص . وهو قول أبي بكر . وروى عن أحمد ، أنه قال : إذا جرحه رجل ، ثم جرح الرجل نفسه ، فمات ، فعل شريكه القصاص ؛ لأنه قتل عمد متمحض ، فوجب القصاص على الشريك فيه ، كشريك الأب ، فأما إن جرح الرجل

٢٤/٩ ظ

(٤-٤) سقط من : ب ، م .

(٥) سقطت الواو من : الأصل .

(٦) في ب : : وتسبب في .

(٧) في الأصل زيادة : فعل .

(٨) في م : : بخرجه .

(٩) أي النقل .

نَفْسَهُ خَطَاً ، كَأَنَّهُ أَرَادَ ضَرْبَ جَارِحَةٍ ، فَأَصَابَ نَفْسَهُ ، أَوْ خَاطَ جُرْحَهُ ، فَصَادَفَ
 اللَّحْمَ الْحَيَّ ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى شَرِيكِهِ ، فِي أَصَحِّ الرَّوْجِيِّينَ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّ عَلَيْهِ
 الْقِصَاصَ ، بِنَاءً عَلَى الرَّوَاتِبِيِّينَ فِي شَرِيكَ الْخَاطِئِ .

فصل : فَإِنْ جَرَحَهُ إِنْسَانٌ ، قَتَاوَى بِسُوءِ فَمَاتَ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ سُوءُ سَاعَةِ
 يَقْتُلُ ^(١٠) فِي الْحَالِ ، فَقَدْ قَتَلَ نَفْسَهُ ، وَقَطَعَ مِرَايَةَ الْجُرْحِ ، وَجَرَى مَجْرَى مَنْ ذَبَحَ نَفْسَهُ
 بَعْدَ أَنْ جَرَحَ ، وَنَظَرُ فِي الْجُرْحِ ، فَإِنْ كَانَ مُوجِبًا لِلْقِصَاصِ ، فَلَوْلَيْهِ اسْتِيفَاؤُهُ ، وَإِنْ لَمْ
 يَكُنْ مُوجِبًا لَهُ ، فَلَوْلَيْهِ الْأَرْضُ ، وَإِنْ كَانَ السُّوءُ لَا يَقْتُلُ فِي الْغَالِبِ ، وَقَدْ يَقْتُلُ ،
 فَفِعْلُ ^(١١) الرَّجُلِ فِي نَفْسِهِ عَمْدٌ خَطِيئًا ، وَالْحُكْمُ فِي شَرِيكِهِ كَالْحُكْمِ فِي شَرِيكَ الْخَاطِئِ ،
 وَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ، فَعَلَى الْجَارِحِ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَإِنْ كَانَ السُّوءُ يَقْتُلُ غَالِبًا بَعْدَ
 مُدَّةٍ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ عَمْدًا خَطِيئًا أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الْقَتْلَ ، إِنَّمَا قَصَدَ التَّدَاوِيَّ ،
 فَيَكُونُ كَالَّذِي قَتَلَهُ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ فِي حُكْمِ الْعَمْدِ ، فَيَكُونُ فِي شَرِيكِهِ الرَّوْجِيَّانِ
 الْمَذْكُورَانِ فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَهُ . وَإِنْ جَرَحَ رَجُلٌ ، فَمَخَاطَ جُرْحِهِ ، أَوْ أَمَرَ غَيْرَهُ فَمَخَاطَهُ
 لَهُ ، وَكَانَ ذَلِكَ مِمَّا يَجُوزُ أَنْ يَقْتُلَ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ شَرِبَ سُوءًا يَجُوزُ أَنْ يَقْتُلَ ، عَلَى
 مَا مَضَى فِيهِ . وَإِنْ خَاطَهُ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ / كُرْهًا ، فَهَمَا قَاتِلَانِ عَلَيْهِمَا الْقَوْدُ . وَإِنْ
 خَاطَهُ وَلِيُّهُ ، أَوْ الْإِمَامُ ، وَهُوَ مَمْنٌ لَا وِلَايَةَ عَلَيْهِ ، فَهَمَا كَالْأَجَنِيِّ ، وَإِنْ كَانَ لهُمَا عَلَيْهِ
 وِلَايَةٌ ، فَلَا قَوْدَ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّ فَعْلَهُمَا جَائِزٌ لهُمَا ، إِذْ لهُمَا مُدَاوَاةُ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ خَطَاً .
 وَهَلْ عَلَى الْجَارِحِ الْقَوْدُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى شَرِيكَ الْخَاطِئِ .

٢٥/٩

١٤٣٥ - مسألة : قَالَ : (وَدِيَّةُ الْعَبْدِ قِيمَتُهُ ، وَإِنْ بَلَغَتْ دِيَّاتُ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى ^(١) أَنَّ فِي الْعَبْدِ ، الَّذِي لَا تُبْلَغُ قِيمَتُهُ دِيَّةُ الْحُرِّ ، قِيمَتُهُ . وَإِنْ

(١٠) ق ب : يَقْتُلُ .

(١١) ق ب ، م : يَفْعَلُ .

(١) سَقَطَ مِنْ : م .

باب القَوْدِ

القَوْدُ : الْقِصَاصُ . وَلَعَلَّهُ إِنَّمَا سُمِّيَ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمُفْتَصَّ مِنْهُ فِي الْغَالِبِ يُقَادُ بِشَيْءٍ يُرْبِطُ فِيهِ أَوْ يَبْدَهُ إِلَى الْقَتْلِ ، فَسُمِّيَ الْقَتْلُ قَوْدًا لِذَلِكَ .

١٤٣٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ شَقَّ بَطْنُهُ ، فَأُخْرِجَ جِشْوَتُهُ ، فَقَطَّعَهَا ، فَأَبَانَهَا مِنْهُ ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ آخَرُ ، فَالْقَاتِلُ هُوَ الْأَوَّلُ . وَلَوْ شَقَّ بَطْنُهُ ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ آخَرُ ، فَالثَّانِي هُوَ الْقَاتِلُ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَا يَعْيشُ مِثْلَهُ ، وَالثَّانِي قَدْ يَعْيشُ مِثْلَهُ ^(١))

وجملته أنه إذا جَنَى عليه اثنان جَنَائِثَيْنِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَتِ الْأُولَى أُخْرِجَتْهُ مِنْ حُكْمِ الْحَيَاةِ ، مِثْلَ قَطْعِ جِشْوَتِهِ ، أَوْ مَا فِي بَطْنِهِ ، وَإِبَانَتِهَا مِنْهُ ، أَوْ ذَبْحِهِ ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ الثَّانِي فَالْأَوَّلُ هُوَ الْقَاتِلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى مَعَ ^(٢) جَنَائِثِهِ حَيَاةً ^(٣) ، وَالْقَوْدُ عَلَيْهِ خَاصَّةٌ ، وَعَلَى الثَّانِي التَّعْزِيرُ ، كَالْوَجْنَى عَلَى مَيِّتٍ . وَإِنْ عَفَا الْوَلِيُّ إِلَى الدِّيَّةِ ، فَهِيَ عَلَى الْأَوَّلِ وَحْدَهُ . وَإِنْ كَانَ جُرْحُ الْأَوَّلِ ^(٤) يَجُوزُ بَقَاءُ الْحَيَاةِ مَعَهُ ^(٥) ، مِثْلَ شَقِّ الْبَطْنِ مِنْ غَيْرِ إِبَانَةِ الْجِشْوَةِ ، أَوْ قَطْعِ طَرَفٍ ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ آخَرُ ، فَالثَّانِي هُوَ ^(٦) الْقَاتِلُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُخْرِجِ الْأَوَّلُ مِنْ حُكْمِ الْحَيَاةِ ، فَيَكُونُ الثَّانِي هُوَ الْمُقَوِّتُ لَهَا ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ، وَالدِّيَّةُ كَامِلَةٌ إِنْ عَفَا عَنْهُ . ثُمَّ نَنْظُرُ فِي جُرْحِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ كَانَ مُوجِبًا لِلْقِصَاصِ ، كَقَطْعِ الطَّرَفِ ، فَالْوَلِيُّ مُخَيَّرٌ بَيْنَ قَطْعِ طَرَفِهِ وَالْعَفْوِ عَلَى ^(٧) دِيَّتِهِ ^(٨) ، أَوْ الْعَفْوِ ^(٩) مُطْلَقًا ، وَإِنْ كَانَ لَا

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢-٣) في ب : حياته .

(٣) سقط من : ب .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في ب ، م ، د : ع .

(٦-٧) سقط من : ب ، م .

يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، كَالْجَائِفَةِ وَغَيْرِهَا ، فَعَلِيهِ الْأَرْضُ . وَإِنَّمَا جَعَلْنَا عَلَيْهِ الْقِصَاصَ ؛ لِأَنَّهُ
يُفْعَلُ الثَّانِي قَطْعَ سِرَازِيَّةٍ جَرَّاحِهِ ، فَصَارَ كَالْمُنْدِيلِ الَّذِي لَا يَسْرَى . وَهَذَا مَذْهَبُ
الشَّافِعِيِّ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مَخَالَفًا . وَلَوْ كَانَ جُرْحُ الْأَوَّلِ يُفْضِي إِلَى الْمَوْتِ لَا مَحَالَةَ ، إِلَّا أَنَّهُ
لَا يَخْرُجُ بِهِ مِنْ حُكْمِ الْحَيَاةِ ، وَتَبَقَّى مَعَهُ الْحَيَاةُ الْمُسْتَقَرَّةُ ، مِثْلَ خَرَقِ الْيَمَى ، أَوْ أُمِّ
الدَّمَاعِ ، فَضَرَبَ الثَّانِي عُنُقَهُ ، فَالْقَاتِلُ / هُوَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتَ حَيَاةَ مُسْتَقَرَّةٍ .
وَقِيلَ : ^(٧) هُوَ فِي حُكْمِ الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لَمَّا جُرِحَ دَخَلَ عَلَيْهِ الطَّبِيبُ
فَسَقَاهُ لَبَنًا ، فَخَرَجَ يَصِلُكُ ^(٨) ، فَعَلِمَ الطَّبِيبُ أَنَّهُ مَيِّتٌ ، فَقَالَ : اعْهَذَا إِلَى النَّاسِ . فَعَهْدُ
إِلَيْهِمْ ، وَأَوْصَى ، وَجَعَلَ الْخِلَافَةَ إِلَى أَهْلِ الشُّوَرَى ، فَقَبِلَ الصَّحَابَةُ عَهْدَهُ ، وَأَجْمَعُوا
عَلَى قَبُولِ وَصَايَاهُ وَعَهْدِهِ ^(٩) . فَلَمَّا كَانَ حُكْمُ الْحَيَاةِ بَاقِيًا ، كَانَ الثَّانِي مُقَوِّمًا لَهَا ، فَكَانَ
هُوَ الْقَاتِلُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَ عَلِيًّا لَا يَرْجَى بَرَاءَ عَلَيْهِ .

فصل : إِذَا أَلْقَى رَجُلٌ ^(١٠) مِنْ شَاهِقٍ ، قَتَلَقَاهُ آخَرُ بِسَيْفٍ فَقَتَلَهُ ، فَالْقِصَاصُ عَلَى مَنْ
قَتَلَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتَ حَيَاتِهِ قَبْلَ الْمَصِيرِ إِلَى حَالِ يُسَ ^(١١) فِيهَا مِنْ حَيَاتِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَمَاهُ
إِنْسَانٌ بِسَهْمٍ قَاتِلٍ ، فَقَطَعَ آخَرُ عُنُقَهُ قَبْلَ وَقُوعِ السَّهْمِ بِهِ ، أَوْ أَلْقَى عَلَيْهِ صَخْرَةً ، فَأُطَارَ
آخَرُ رَأْسُهُ بِالسَّيْفِ قَبْلَ وَقُوعِهَا عَلَيْهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ إِنْ رَمَاهُ مِنْ مَكَانٍ يَجُوزُ أَنْ
يَسْلَمَ مِنْهُ ، وَإِنْ رَمَاهُ مِنْ شَاهِقٍ لَا يَسْلَمُ مِنْهُ الْوَاقِعُ ، فَقِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِنَا .
وَالثَّانِي ، الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا بِالْقِصَاصِ وَالذِّيَّةِ عِنْدَ سَقُوطِهِ ؛ لِأَنَّهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَبَبٌ
لِلْإِثْلَافِ . وَلَنَا ، أَنَّ الرَّمَى سَبَبٌ وَالْقَتْلُ مُبَاشَرَةٌ ، فَانْقَطَعَ حُكْمُ السَّبَبِ ، كَالدَّافِعِ مَعَ

(٧) فِي الْأَصْلِ نَهَادَةً : ١٠ مِنْ ٤ .

(٨) يَصِلُكُ : يَرِي . غَرِبَ الْحَدِيثُ ، لِأَنَّهُ قَبِيحٌ ٦٢٣/١ .

(٩) أَنْظَرُ : مَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٢/١ . وَابْيَهَى : فِي : بَابِ الْمَرَضِ الَّذِي يَجُوزُ فِيهِ الْأَعْطِيَّةُ ، مِنْ
كِتَابِ الرُّصَايَا . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٢٨٢/٦ . وَابْنُ سَعْدٍ ، فِي : الطَّبَقَاتِ الْكَبِيرِ ٢٤٦/٣ - ٢٦١ .

(١٠) فِي م : ١٠ رَجُلًا .

(١١) فِي م : ١١ هَسَوًا .

الحافر ، والجارج مع الذابج ، وكالصور التي ذكرناها^(١٢) . وما ذكروه باطل بهذه الأصول المذكورة .

١٤٣٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قُطِعَ يَدُهُ وَرِجْلُهُ ، ثُمَّ عَادَ فَضَرَبَ عُقَّةَ قَبْلِ أَنْ تَنْدِمَلَ جِرَاحُهُ ، قُبِلَ ، وَلَمْ تَقْطَعْ يَدَاهُ^(١٣)) وَلَا رِجْلَاهُ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي غُنَيْدَةَ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَالرِّوَايَةُ الْأُخْرَى ، قَالَ : إِنَّهُ لَا هُلَّ أَنْ يَفْعَلَ بِهِ كَمَا فَعَلَ . فَإِنْ غَفَا عَنْهُ الْوَلِيُّ ، فَعَلَيْهِ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ)

وجملة ذلك أن الرجل إذا جرح رجلاً ، ثم ضرب عُقَّةَ قَبْلِ أَنْ تَنْدِمَلَ جِرَاحُهُ ، فالحكم في المسألة في حالتي ؛ أحدهما ، أن يختارَ الوليُّ القصاصَ ، فاختلفت الرواية عن أحمد في كيفية الاستيفاء ؛ فروى عنه ؛ لا يستوفى إلا بالسيف في العنق . وبه قال عطاء ، والثوري ، وأبو يوسف ، ومحمد ؛ / لما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لَا قَوْدَ إِلَّا بِالسَّيْفِ » . رواه ابن ماجه^(١٤) . ولأن القصاص أحد بذلي النفس ، فدخل الطرف في حكم الجملة ، كالذية ، فإنه لو صار الأمر إلى الذية ، لم تجب إلا ذية النفس ، ولأن القصد من القصاص في النفس تعطيل الكل ، وإتلاف الجملة ، وقد أمكن هذا بضرب العنق ، فلا يجوز تعذيبه بإتلاف أطرافه ، كما لو قتل بسيف كالأ^(١٥) ، فإنه لا يقتل بمثل . والرواية الثانية عن أحمد ، قال^(١٦) : إِنَّهُ لَا هُلَّ أَنْ يَفْعَلَ بِهِ كَمَا فَعَلَ . يعني أن للمستوفى أن يقطع أطرافه ، ثم يقتله . وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشافعي ، وأبي

ط ٢٦/٩

(١٢) في ب ، م : ذكرنا .

(١٣) في م : يده .

(١٤) في : باب لا قود إلا بالسيف . من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٩/٢ .

كما أخرجه البخاري في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الفارغاني ٨٧/٣ ، ٨٨ ، ١٠٦ ، والبيهقي ،

في : باب ما روى أن لا قود إلا بمجديدة ، من كتاب الجنائيات ٦٢/٨ ، ٦٣ .

(١٥) أي لا يقطع .

(١٦) سقط من ب .

حَنِيفَةً ، وَأَلَى ثَوْرٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾ ^(٥) .
وقوله سبحانه : ﴿ فَمَنْ أَعْتَذَى عَلَيْكُمْ فَاَعْتَذُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَذَى عَلَيْكُمْ ﴾ ^(٦) . وَلَئِنْ
النَّبِيُّ ﷺ رَضَعَ ^(٧) رَأْسَ يَهُودِيٍّ لِرَضَخِهِ ^(٨) رَأْسَ جَارِيَةٍ مِنَ الْأَنْصَارِ بَيْنَ حَجْرَيْنِ ^(٩) .
وَلَئِنْ اللَّهُ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ ﴾ ^(١٠) . وهذا قد قَلَعَ عَيْنَهُ ، فَيَجِبُ أَنْ تُقْلَعَ
عَيْنُهُ ، لِلآيَةِ . وَرَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ حَرَقَ حَرْقَنَاهُ ، وَمَنْ غَرَّقَ
غَرَقَنَاهُ » ^(١١) . وَلَئِنْ الْقِصَاصَ مَوْضُوعٌ عَلَى الْمُثَامِلَةِ ، وَلَقَطَهُ مُشْعِرٌ بِهِ ، فَوَجِبَ ^(١٢) أَنْ
يُسْتَوْفَى مِنْهُ مِثْلُ مَا فَعَلَ ، كَمَا لَوْ ضَرَبَ الْعُنُقَ آخَرُ غَيْرُهُ . فَأَمَّا حَدِيثُ : « لَا قَوْدَ إِلَّا
بِالسَّيْفِ » . فَقَالَ أَحْمَدُ : لَيْسَ إِسْنَادُهُ بِجَيِّدٍ . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنْ يَصِيرَ الْأَمْرُ إِلَى الدِّيَةِ ،
إِمَّا بِعَفْوِ ^(١٣) الْوَلِيِّ ، أَوْ كَوْنِ الْفِعْلِ خَطَأً ، أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَالْوَاجِبُ دِيَّةٌ
وَاحِدَةٌ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : تَجِبُ دِيَّةُ الْأَطْرَافِ الْمَقْطُوعَةِ
وَدِيَّةُ النَّفْسِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قُطِعَ سِرَايَةُ ^(١٤) الْجُرُجِ بَقِيَتْهُ صَارَ كَالْمُسْتَقِرِّ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قُتِلَ
غَيْرُهُ ، وَلِهَذَا لَمْ يَنْقُطِ الْقِصَاصُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَاتِلٌ قَبْلَ اسْتِقْرَارِ الْجُرُجِ ، فَدَخَلَ أَرْضُ
الْجَرَّاحَةِ فِي أَرْضِ النَّفْسِ ، كَمَا لَوْ سَرَتْ إِلَى نَفْسِهِ ، وَالْقِصَاصُ فِي الْأَطْرَافِ عَلَى إِيحْدَى
الرَّوَايَتَيْنِ لَا يَجِبُ ، وَإِنْ وَجِبَ فَإِنَّ الْقِصَاصَ لَا يُشْبِهُ الدِّيَةَ ؛ لِأَنَّ سِرَايَةَ الْجُرُجِ لَا
تُسْقِطُ الْقِصَاصَ فِيهِ ، وَتُسْقِطُ دِيَّتَهُ .

(٥) سورة النحل ١٢٦

(٦) سورة البقرة ١٩٤

(٧) ق م : ١ رض ٤ .

(٨) ق م : ١ لرضه ٤ .

(٩) تقدم ترجمته ، في صفحة ٤٤٨ .

(١٠) سورة المائدة ٤٥ .

(١١) أخرجه البيهقي ، في : باب عمد القتل بالحجر ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٤٣/٨ .

(١٢) ق ب : ١ فيجب ٤ .

(١٣) ق ب : ١ بفعل ٤ .

(١٤) ق م : ١ بسراية ٤ .

/فصل : ومتى قلنا : له أن يستوفى بمثل ما فعل بوليّه . فأحب أن يقتصر^(١٥) على ضرب عُنْته ، فله ذلك ، وهو أفضل . وإن قطع أطرافه التي قطعها الجاني ، أو بعضها ، ثم عفا عن قتله ، فكذلك ؛ لأنه تارك بعض حقه . وإن قطع بعض أطرافه ، ثم عفا إلى الدية ، لم يكن له ذلك ؛ لأن جميع ما فعل بوليّه لا يجب به إلا دية واحدة ، فلا يجوز أن يستوفى بعضه ويستحق كمال الدية ، فإن فعل فله ما بقي من الدية ، فإن لم يبق منها شيء ، فلا شيء له . وإن قلنا : ليس له أن يستوفى إلا بضرب العنق . فاستوفى منه بمثل ما فعل ، فقد أساء ، ولا شيء عليه سوى المأثم ؛ لأن فعل الجاني في الأطراف لم يوجب عليه شيئا يختص بها ، فكذلك فعل المستوفى ، إن قطع^(١٦) طرفا واحدا ، ثم عفا إلى الدية ، لم يكن له إلا تمامها ، وإن قطع ما يجب به الدية ، ثم عفا ، لم يكن له شيء ، وإن قطع ما يجب به أكثر من الدية ، ثم عفا ، احتمل أن يلزمه ما زاد على الدية ؛ لأنه لا يستحق أكثر من دية ، وقد فعل ما يوجب أكثر منها ، فكانت الزيادة عليه . واحتمل أن لا يلزمه شيء ؛ لأنه لو قتله لم يلزمه شيء ، فإذا ترك قتله ، وعفاه ، فأولى أن لا يلزمه شيء ، ولأنه فعل بعض ما فعل بوليّه ، فلم يلزمه شيء ، كالأول قلنا : إن له أن يستوفى مثل ما فعل به .

فصل : فإن قطع يديه ورجليه ، أو جرحه جرحا يوجب القصاص إذا انفرد ، فسرى إلى النفس ، فله القصاص في النفس . وهل له أن يستوفى^(١٧) القطع قبل القتل ؟ على روايتين ، ذكرهما القاضى ، وبناهما على الرويتين المذكورتين في المسألة ؛ وإحداهما^(١٨) ، ليس له قطع الطرف . وهو مذهب أبى حنيفة ؛ لأن ذلك يفضى إلى الزيادة على ما جناه الأول ، والقصاص يعتمد المماثلة ، فمتى خيف فيه الزيادة سقط ،

(١٥) في ب : يقتصر .

(١٦) في ب ، م : نأدة : الجاني .

(١٧) في الأصل : نأدة : في .

(١٨) في م : إحداها .

كألو قَطَعَ يَدَهُ من نَصِيفِ الدَّرَاعِ . والثانية ، يَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الطَّرْفِ ، فَإِنْ مَاتَ بِهِ ،
وَالْأَصْرِيَّتُ عَنْقُهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ^(١٩) فِي أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ . وَذَكَرَ أَبُو
الْحَطَّابِ ، أَنَّهُ لَا يَقْتَضُ مِنْهُ فِي الطَّرْفِ ، / رِوَايَةً وَاحِدَةً ، وَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ تَحْرِيبُهُ ^(٢٠) عَلَى
الرَّوَايَتَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ ؛ لِإِفْضَاءِ هَذَا إِلَى الزِّيَادَةِ ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ . وَالصَّحِيحُ تَحْرِيبُهُ عَلَى
الرَّوَايَتَيْنِ ، وَلَيْسَ هَذَا بِزِيَادَةٍ ؛ لِأَنَّ قَوَاتِ النَّفْسِ بِسِرَايَةِ فِعْلِهِ ، وَسِرَايَةِ فِعْلِهِ كِفْعِلِهِ ،
فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَطَعَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ ، وَلَئِنْ زِيَادَةُ الْفِعْلِ فِي الصُّورَةِ مُحْتَمِلٌ فِي الْاسْتِيفَاءِ ، كَأَلَوْ قَتَلَهُ
بِضَرْبَةٍ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ قَتْلَهُ فِي الْاسْتِيفَاءِ إِلَّا بِضَرْبَتَيْنِ .

فصل : وَإِنْ جَرَحَهُ جُرْحًا لَا قِصَاصَ فِيهِ ، وَلَا يَلْزَمُ قَوَاتُ الْحَيَاةِ بِهِ ، مِثْلُ أَنْ أَجْفَاهُ ،
أَوْ أَمَّهُ ، أَوْ قَطَعَ يَدَهُ مِنْ نَصِيفِ ذِرَاعِهِ ، أَوْ رَجَلَهُ مِنْ نَصِيفِ سَاقِهِ ، فَمَاتَ مِنْهُ ، أَوْ قَطَعَ
يَدًا نَاقِصَةَ الْأَصَابِعِ ، أَوْ شَلَّاهُ ، أَوْ زَلَّاهُ ، وَيَذُ الْقَاطِعِ أَصْلِيَّةٌ صَحِيحَةٌ ، فَالصَّحِيحُ فِي
الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ فِعْلٌ ^(٢١) مِثْلُ مَا فَعَلَ ^(٢٢) ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ إِلَّا فِي الْعُنُقِ بِالسَّيْفِ .
ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي . وَقَالَ غَيْرُهُمَا : فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ ^(٢٣) لَهُ ^(٢٤) أَنْ يَقْتَصَّ
بِمِثْلِ ^(٢٥) فِعْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ قَتْلًا ، فَكَانَ لَهُ الْقِصَاصُ بِمِثْلِ فِعْلِهِ ، كَأَلَوْ رَضُ ^(٢٦) رَأْسَهُ
بِحَجَرٍ فَقَتَلَهُ بِهِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَوْ انْتَفَرَدَ لَمْ يَكُنْ فِيهِ قِصَاصٌ ، فَلَمْ يَجْزِ
الْقِصَاصُ فِيهِ مَعَ الْقَتْلِ ، كَأَلَوْ قَطَعَ يَمِينَهُ وَلَمْ يَكُنْ لِلْقَاطِعِ يَمِينٌ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ مِنْ
يَسَارِهِ . وَفَارَقَ مَا إِذَا رَضُ رَأْسَهُ ^(٢٧) فَمَاتَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْفِعْلُ قَتْلٌ مُفَرَّدٌ ، وَهَهُنَا قَتْلٌ
وَقَطْعٌ ، وَالْقَطْعُ لَا يُوجِبُ قِصَاصًا ، فَبَقِيَ مُجَرَّدُ الْقَتْلِ ، فَإِذَا جَمَعَ الْمُسْتَوْفَى بَيْنَهُمَا ،

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في ب : و تحرجه .

(٢١-٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) في م زيادة : ما .

(٢٥) في م : و تحريف .

(٢٦) في ب زيادة : و بجر .

فقد زاد قطعاً لم يرد الشرع باستيفائه ، فيكون حراماً ، وسواء^(٢٧) في هذا ما إذا قطع ثم قتل غيبه ، وبين ما إذا قطع فسرى إلى النفس .

فصل : فأما إن^(٢٨) قطع اليمنى ولا يمتنى للقاطع ، أو اليد ولا يذله ، أو قلعه العين ولا عين له ، فمات المجنبى عليه ، فإنه يقتل بالسيف في العنق ، ولا قصاص في طرفه . لا^(٢٩) أعلم فيه خلافاً ؛ لأن القصاص إنما يكون من مثل العضو المثلي ، وهو ههنا معدوم ، ولأن القصاص فعلٌ يثل ما فعل الجاني^(٣٠) ، ولا سبيل إليه ، ولأنه لو قطع ثم عفا عن القتل ، لصار مستوفياً رجلاً ممن لم يقطع له مثله ، أو أذننا بدلاً عن عين ، وهذا غير جائز . / وهذا يدل على فساد الوجه الثاني في الفصل الذي قبله .

فصل : وإن قتل بغير السيف ، مثل أن قتله بحجر ، أو هذ ، أو ثعريب ، أو خنق ، فهل يستوفى القصاص بمثل فعله ؟ فيه روايتان ؛ أحدهما ، له ذلك . وهو قول مالك ، والشافعي . والثانية ، لا يستوفى إلا بالسيف في العنق . وبه قال أبو حنيفة ، فيما إذا قتله بمقتل الحديد ، على إحدى الروايتين عنده ، أو جرحه فمات . ووجه الروايتين ما تقدم في أول المسألة ، ولأن هذا لا يؤمن معه الزيادة على ما فعله الجاني ، فلا يجب القصاص بمثل آتية ، كما لو قطع الطرف بآلة كالة ، أو مسمومة ، أو بالسيف ، فإنه لا يستوفى بمثله ، ولأن هذا لا يقتل به المرتد ، فلا يستوفى به القصاص ، كما لو قتله بتجريح الخمر ، أو بالسحر^(٣١) ، ولا تفريع على هذه الرواية . فأما على الرواية الأخرى ، فإنه إذا فعل به مثل فعله فلم^(٣٢) يمت ، قتله بالسيف . وهذا أحد قولي الشافعي . والقول الثاني ، أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت به ؛ لأنه قتله بذلك ، فله قتله بمثله .

(٢٧) في ب : وسواء .

(٢٨) سقط من : الأصل ، م ، .

(٢٩) في م : ولا .

(٣٠) سقط من : ب .

(٣١) في ب : بالمسم .

(٣٢) في ب : لم .

ولنا ، أنه قد فَعَلَ به مثل فِعْلِهِ ، فلم يَزِدْ عليه ، كما لو جَرَحَهُ جُرْحًا ، أو قَطَعَ منه طَرَفًا ، فاستَوْفَى منه الوليُّ مثله فلم يَمُتْ به ، فإنه لا يُكْرَرُ عليه الجرح ، بغيرِ خلافٍ ، ويُعْدَلُ إلى ضَرْبِ عُنُقِهِ ، فكذا هُنا .

فصل : وإن قَتَلَهُ بما لا يَحِلُّ لِعَيْنِهِ ، مثل أن لَاطَ به فَقَتَلَهُ ، أو جَرَعَهُ خَمْرًا أو سَحَرَهُ ، لم يُقْتَلْ بِمِثْلِهِ أَثَقًا ، ويُعْدَلُ إلى القَتْلِ بالسَّيْفِ . وحكى أصحابُ الشافعيِّ ، في مَنْ قَتَلَهُ بِاللَّوِاطِ وَتَجْرِيعِ الخَمْرِ ، وَجْهًا آخَرَ ، أنه يُدْعَلُ في ذُبُرِهِ خَشَبَةٌ يُقْتَلُ بها ، ويُجَرَعُهُ الماءُ حتى يَمُوتَ . ولنا ، أن هذا مُحَرَّمٌ لِعَيْنِهِ ، فَوَجِبَ العُدُولُ عنه إلى القَتْلِ بالسَّيْفِ ، كما لو قَتَلَهُ بالسَّحْرِ . وإن حَرَقَهُ ، فقال بعضُ أصحابنا : لا يُحْرَقُ ؛ لأنَّ التَّحْرِيقَ مُحَرَّمٌ ^(٣٣) لحَقِّ الله تعالى ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « لا يُعَذَّبُ بِالنَّارِ إِلَّا الرِّبُّ النَّارِ » ^(٣٤) . ولأنَّهُ داخلٌ في عمومِ الخَبَرِ . وهذا مذهبُ أبي حنيفةَ . وقال / القاضي : الصَّحِيحُ أن فيه روايتين ، كالْتَحْرِيقِ ؛ إحداهما ، يُحْرَقُ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لما رَوَى البراءُ بن عازِبٍ ، أن النَّبِيَّ ﷺ قال : « مَنْ حَرَقَ حَرَقَتَاهُ ، وَمَنْ غَرَّقَ غَرَقَتَاهُ » . وحَمَلُوا الحديثَ الأوَّلَ على غيرِ القِصَاصِ في المُحْرَقِ .

فصل : إذا زاد مُستَوْفَى القِصاصِ في النَّفْسِ على حَقِّهِ ، مثل أن يُقْتَلَ وَلِيُّهُ ، فيَقَطَعَ الْمُقْتَصُّ أطْرَافَهُ أو بعضُها ، نَظَرْنَا ؛ فإن عَفَا عنه بعدَ قَطْعِ طَرَفِهِ ، فعليه ضَمَانُ ما أُلْفَ بِدَيْتِهِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأبو يوسفَ ، وعَمَدٌ : لا ضَمَانُ عليه ، ولكن قد أَسَاءَ ، ويُعَزَّرُ ، وسواءَ عَفَا عن القاتِلِ أو قَتَلَهُ ؛ لأنَّهُ قَطَعَ طَرَفًا من جُمْلَةِ اسْتَحَقِّ إِثْلَافِها ، فلم يَضْمَنْهُ ، كما لو قَطَعَ أَصْبَعًا من يَدِ يَسْتَحِقُّ قَطْعَها . ولنا ، أنه قَطَعَ طَرَفًا له قِيَمَةٌ حَالِ القَطْعِ بغيرِ حَقٍّ ، فَوَجِبَ عليه ضَمَانُهُ ، كما لو

(٣٣) في م : عرق ، تحريف .

(٣٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في كراهية حرق العدو بالنار ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب في قتل الذر ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٠ / ٢ ، ٥١ ، ٦٥٦ . والدارمي ، في : باب في النهي عن التعذيب بعذاب الله ، من كتاب السم . سنن الدارمي ٢٢٢ / ٢ .

عَفَا عَنْهُ ثُمَّ قَطَعَهُ ، أَوْ كَأَلَوْ قَطَعَهُ أُجْتَنِيَ ، فَأَمَّا إِنْ قَطَعَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَضْمَنَهُ
أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُهُ إِذَا عَفَا عَنْهُ ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَغْفِرْ عَنْهُ ، لِأَنَّ الْعَفْوَ إِحْسَانٌ ، فَلَا يَكُونُ
مُوجِبًا لِلضَّمَانِ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا يَضْمَنَهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَطَعَ مُتَعَدِّيًا ثُمَّ
قَتَلَ ، لَمْ يَضْمَنْ الطَّرَفُ ، ^(٣٥) فَلَا إِنْ لَا ^(٣٥) يَضْمَنُهُ إِذَا كَانَ الْقَتْلُ مُسْتَحَقًّا أَوَّلَى . فَأَمَّا
الْقِصَاصُ ، فَلَا يَجِبُ فِي الْعُرْفِ بِحَالٍ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ عُقُوبَةٌ
تُلْذَرُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَالشُّبُهَةُ هُنَا مُتَحَقِّقَةٌ ، لِأَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ ^(٣٦) لِإِثْلَافِ هَذَا الطَّرَفِ ضِمْنًا
لِاسْتِحْقَاقِهِ إِثْلَافَ الْمُجْعَلَةِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ سَقُوطِ الْقِصَاصِ أَنْ لَا تَجِبَ الدِّيَةُ ، بِدَلِيلِ
امْتِنَاعِهِ لَعَدَمِ الْمُكَافَأَةِ ^(٣٧) . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْجَانِي قَطَعَ طَرَفَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ بِمِثْلِ
فِعْلِهِ ، فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِيمَا مَضَى . وَإِنْ قَطَعَ طَرَفًا غَيْرَ الَّذِي قَطَعَهُ الْجَانِي ، كَانَ الْجَانِي
قَطَعَ يَدَهُ ، فَقَطَعَ ^(٣٨) الْمُسْتَوْفَى رِجْلَهُ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ قَطَعَ يَدَهُ ؛ لِأَنَّ
دِيَتَهُمَا وَاحِدَةٌ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ تُلْزَمَ دِيَةُ الرَّجُلِ ؛ لِأَنَّ الْجَانِي لَمْ يَقْطَعْهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ
يَقْطَعْ يَدَهُ .

٢٩٩/٩ فصل : فَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ فِي الِاسْتِيفَاءِ مِنَ ^(٣٩) الطَّرَفِ ، / مِثْلُ إِنْ اسْتَحَقَّ قَطَعَ
إِصْبِعَ ، فَقَطَعَ اثْنَتَيْنِ ، فَحُكْمُهُ حَكْمُ الْقَاطِعِ ابْتِدَاءً ، إِنْ كَانَ عَقْدًا ^(٤٠) مِنْ مَفْصِلٍ ، أَوْ
شَجْعَةً يَجِبُ فِي مِثْلِهَا الْقِصَاصُ ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ فِي الزِّيَادَةِ ، وَإِنْ كَانَ خَطَأً أَوْ جُرْحًا لَا
يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، مِثْلُ مَنْ يَسْتَحِقُّ مُوضِحَةً فَاسْتَوْفَى ^(٤١) هَاشِمَةً ، فَعَلِيهِ أَرْضُ
الزِّيَادَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بِسَبَبٍ مِنَ الْجَانِي ، كَاضْطِرَابِهِ حَالَ الِاسْتِيفَاءِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَى

(٣٥-٣٥) ق ب ، م : فلا . ورسم الكلمة في الأصل : فليلا .

(٣٦) ق م : متحقق .

(٣٧) ق م : المكافآت .

(٣٨) سقط من : م .

(٣٩) ق م : لأنه .

(٤٠) ق م : عقدا .

(٤١) ق م : فاستوفاهما .

المُقْتَصَرُ ؛ لأنه حَصَلَ بفعل الجاني . فإن اختلفا هل فَعَلَهُ خطأً أو عَمْدًا ؟ فالقول قول المفتَص مع يمينه ؛ لأن هذا مما يُمكن الخطأ فيه ، وهو أَعْلَمُ بقصده ، وإن قال المفتَص : حَصَلَ هذا باضطرارٍ لك ، أو فَعِلَ من جهتك . فالقول قول المفتَص منه ؛ لأنه مُتَكَيِّر . فإن سَرَى الاستيفاء الذى حَصَلَتْ فيه الزيادة إلى نفس المفتَص منه ، فمات ، أو إلى بعض أعضائه ، مثل أن قَطَعَ إصبعه^(٤٢) ، فسَرَى إلى جميع يده ، أو اقتَص منه بألة كالأية أو مَسْمُومَةٍ ، أو في حالٍ حَرْمٍ مُفْرِط ، أو بِرِدٍّ شديد ، فسَرَى ، فقال القاضى : على المفتَص نَصْفُ الدِّيَةِ ؛ لأنه تَلَفٌ بِفَعْلَيْنِ ؛ جائزٌ ومُحَرَّمٌ ، ومُضْمُونٌ وغير مُضْمُونٍ ، فالتَقَسَمَ الواجبُ عليهما نَصْفَيْنِ ، كما لو جَرَحَهُ جُرْحًا في حالٍ رَدِّهِ وجُرْحًا بعدَ إسلامِهِ ، فمات منهما . وهذا كُلُّهُ مذهبُ الشافعى . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَهُ ضَمَانُ السَّرَاةِ كُلِّهَا ، فيما إذا اقتَص بألة مَسْمُومَةٍ أو كَالَةٍ ؛ لأنَّ الفَعْلَ كُلَّهُ يَحْرُمُ^(٤٣) ، بخلاف قَطْعِ الإصْبَعَيْنِ ، فإنَّ أَحَدَهُمَا مُبَاحٌ .

فصل : قال القاضى : ولا يجوزُ استيفاءُ القصاصِ إلا بحَضْرَةِ السُّلْطَانِ . وحكاه عن أبى بكرٍ . وهو مذهبُ الشافعى ؛ لأنه أَمْرٌ يَفْتَقِرُ إلى الاجْتِهَادِ وَحَرْمُ الْحَيْفِ فيه ، فلا يُؤْمَرُ الْحَيْفُ مع قَصْدِ التَّنْفِى . فإن استوفاه^(٤٤) من غيرِ حَضْرَةِ^(٤٥) السُّلْطَانِ ، وَقَعَ المَوْقِعُ ، وَيُعْزَرُ ؛ لِإِفْتِيَاتِهِ بِفَعْلٍ مَأْمُوعٍ فَعَلَهُ . وَيَحْتَمِلُ أن يَجُوزَ الاستيفاءُ بِغيرِ حَضْرَةِ^(٤٦) السُّلْطَانِ ، إذا كان القصاصُ فى النَّفْسِ ؛ لأنَّ رَجُلًا أَمَى النَّبِيُّ ﷺ بِرَجُلٍ يَقُودُهُ يَسْتَعِي^(٤٧) ، فقال : إنَّ هذا قَتْلُ أُخِي . فاعْتَرَفَ بِقَتْلِهِ . فقال النَّبِيُّ ﷺ : « اذْهَبْ ، فاقْتُلْهُ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ / بِمَعْنَاهُ^(٤٨) . ولأنَّ اشتراطَ حُضُورِ السُّلْطَانِ لا يَثْبُتُ إِلَّا بِنَصٍّ أو

٢٩/٩ ظ

(٤٢) فى ب : : إصبعه .

(٤٣) فى ب ، م : : حرّم .

(٤٤) فى الأصل : : استولى .

(٤٥) فى ب : : حضور .

(٤٦) فى ب ، م : : حضور .

(٤٧) التسعة : القطعة من السر الذى تشد به الرحال .

(٤٨) فى : باب صحة الإقرار بالقتل ... ، من كتاب القسامة . صحيح مسلم ١٣٠٧/٣ ، ١٣٠٨ . -

إجماع أو قياس ، ولم يثبت ذلك . ويُستحب أن يُحضر شاهدين ، لئلا يُجحد المَجْنُون عليه الاستيفاء . وإذا أراد الولي^(٤٩) الاستيفاء ، فعلى السلطان أن يتفقد الآلة التي يستوفى بها ، فإن كانت كالة مَنَعَة الاستيفاء بها ، لئلا يُعَذَّب المَقْتُول . وقد روى شذاذ ابن أوس ، أن رسول الله ﷺ قال : « إِنْ أَلَّهِ كَتَبَ الْإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَخْسِنُوا الْفَتْلَةَ ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَخْسِنُوا الذَّبْحَ »^(٥٠) ، وَلِيُجِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ ، وَلِيُرِخَ ذَبِيحَتَهُ »^(٥١) . وإن كانت مَسْمُومَةٌ ، مَنَعَة الاستيفاء بها ، لَأَنَّهُ تَفْسِيدُ الْبَدَنِ ، وَرُبَّمَا مَنَعَتْ غُسْلَهُ . وإن عَجَلَ فاستوفى بآلة كالة أو مَسْمُومَةٍ ، عَزَرَ . وإن كان السَّيْفُ صَارِمًا غَيْرَ مَسْمُومٍ ، نَظَرَ فِي الْوَلِيِّ ؛ فَإِنْ كَانَ يُحْسِنُ الاستيفاء ، وَيُكْمِلُهُ بِالْقُوَّةِ وَالْمَعْرِفَةِ ، مَكَّنَتْهُ مِنْهُ ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا ﴾^(٥٢) . وقال عليه السلام : « مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلٌ ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ، إِنْ^(٥٣) أَحْبَبُوا قَتَلُوا ، وَإِنْ أَحْبَبُوا أَحْدَلُوا الدِّيَةَ »^(٥٤) . ولأنه حق له مُتَمَيِّزٌ ، فكان له استيفاؤه بِنَفْسِهِ

= كما أخرجه النسائي ، في : باب القود ، من كتاب القسامة . المجتبى ١٣/٨ ، ١٦ . وابن ماجه ، في : باب العفو عن القاتل ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٩٧/٢ .

(٤٩) في م : د المولى .

(٥٠) في م : د الذبحة .

(٥١) أخرجه مسلم ، في : باب الأمر بإحسان الذبح والقتل وتعهد الشفرة ، من كتاب الصيد . صحيح مسلم ١٥٤٨/٣ . وأبو داود ، في : باب في النهي أن تصير البهائم والرفق بالذبيحة . من كتاب الأضاحي . سنن أبي داود ٩٠/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في النهي عن المثلة ، من كتاب الديات . عارضة الأحمدي ١٧٩/٦ . والنسائي ، في : باب الأمر بإحسان الشفرة ، وبأن ذكر الخفلة التي لا يقدح على أعضائها ، وبأن حسن الذبح ، من كتاب الضحايا . المجتبى ٢٠٠/٧ - ٢٠٢ . وابن ماجه ، في : باب إذا ذبحتم فأخسِنوا الذبح ، من كتاب الذبائح . سنن ابن ماجه ١٠٥٨/٢ . والدارمي ، في : باب في حسن الذبيحة ، من كتاب الأضاحي . سنن الدارمي ٨٢/٢ . وإمام أحمد ، في : المسند ١٢٣/٤ - ١٢٥ .

(٥٢) سورة الإسراء ٣٣ .

(٥٣) في م : د فإن .

(٥٤) أخرجه البخاري ، في : باب كتابة العلم ، من كتاب العلم . صحيح البخاري ٣٩/١ . ومسلم ، في : باب تحريم مكة ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٨٨/٢ ، ٩٨٩ . وأبو داود ، في : باب ولي العمد يرضى بالدية ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٨٠/٤ ، ٤٨١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في حكم ولي القتل في القصاص والعفو ، من أبواب الديات . عارضة الأحمدي ١٧٧/٦ ، ١٧٨ . وإمام أحمد ، في : المسند ٣٢/٤ ، ٣٨٥/٦ . وتقدم تخرج حديث حجة الوداع في : ١٧٩/٥ .

إذا أمكنه ، كسائر الحقوق ، وإن لم يُحسن الاستيفاء ، أمره بالتوكيل ؛ لأنه عاجز عن استيفاء حقه ، فإن ادعى الولي المعرفة بالاستيفاء ، فأمكنه السلطان من ضرب عنقه ، فضرَبَ عنقه فأبانه ، فقد استوفى حقه^(٥٥) ، وإن أصاب غيره ، وأقر بتعميد ذلك ، عزَّر . وإن قال : أخطأت . وكانت الضرر في موضع قريب من العنق ، كالرأس والمنكب ، قبل قوله مع يمينه ؛ لأن هذا مما يجوز الخطأ في مثله ، وإن كان بعيداً ، كالوسط والرجلين ، لم يقبل قوله ؛ لأن مثل هذا لا يقع الخطأ فيه . ثم إن أراد العود ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يمكن منه ؛ لأنه تبين منه أنه لا يُحسن الاستيفاء ، ويَحْتَمِلُ العود إلى مثل فعله . والثاني ، يمكن منه . قاله القاضي : لأن الظاهر تحرره عن مثل ذلك ثانياً . وإن كان الولي لا يُحسن الاستيفاء ، أمره بالتوكيل فيه ؛ لأنه حقه ، فكان له التوكيل في استيفائه ، كسائر حقوقه . فإن لم يجد مَنْ يوكِّله إلا بِعَوْضٍ ، / أَخَذَ العِوَضَ من بيت المال . قال بعض أصحابنا : يَرْزُقُ من بيت المال رَجُلٌ يَسْتَوْفِي الخُلُودَ والقصاص ؛ لأن هذا من المصالح العامة . فإن لم يحصل ذلك ، فالأجرة على الجاني ؛ لأنها أجرة لإيفاء الحق الذي عليه ، فكانت عليه ، كأجرة الكيال في بيع المكيل . ويَحْتَمِلُ أن تكون على المُقْتَصِّ ؛ لأنه وَكَيْلُهُ ، فكانت الأجرة على موكِّله ، كسائر المواضع ، والذي على الجاني التمكن دون الفعل ، ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه ، لم يمكن منه ، ولأنه لو كانت عليه أجرة التوكيل ، لَلَزِمَتْهُ أجرة الولي إذا استوفى بنفسه . وإن قال الجاني : أنا أقتص لك من نفسي . لم يلزم تمكينه ، ولم يجز ذلك له ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ﴾^(٥٦) . ولأن معنى القصاص أن يفعل به كما فعل ، ولأن القصاص حق عليه لغيره ، فلم يجز أن يكون هو المُستوفى له ، كالبائع لا يستوفى من نفسه .

فصل : وإن كان القصاص لجماعة من الأولياء ، وتَشَاحُوا في المُتَوَلَّى منهم

(٥٥) ق ب : د بحقه .

(٥٦) سورة النساء ٢٩ .

للاستيفاء ، أُمِرُوا بِتَرْكِيلِ أَحَدِهِمْ ، أو واحدٍ من غيرهم ، ولم يَجْزُ أَنْ يَسُوَّلَهُ (٥٧) جَمِيعُهُمْ ؛ لما فيه من تَعَذُّبِ الجاني ، وتَعَدُّدِ أفعالِهِمْ . فإن لم يَتَّفِقُوا على واحدٍ ، وشَاخُوا ، وكان كُلُّ واحدٍ مِنْهُمْ يُحْسِنُ الاستيفاءَ ، أَقْرَعَ بينهم ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ إِذَا تَسَاوَتْ وَعَدِمَ التَّرْجِيحُ ، صِرْنَا إِلَى الْقُرْعَةِ ، كما لو شَاخُوا فِي تَرْجِيحِ مَوْلَيْتِهِمْ ، فمن خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، أُمِرَ الْبَاقُونَ بِتَرْكِيلِهِ ، ولا يجوزُ لَهُ الاستيفاءُ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، فلا يجوزُ استيفاءُوه بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ . وإن لم يَتَّفِقُوا على توكيلِ واحدٍ ، مُنِعُوا الاستيفاءَ حَتَّى يُوَكِّلُوا .

١٤٣٨ - مسألة : قال : (وَإِنْ كَانَتْ الْجِرَاحُ بَرَأَتْ قَبْلَ قَتْلِهِ ، فَعَلَى الْمَغْفُورِ غَنَةٌ ثَلَاثَ دِيَّاتٍ ، إِلَّا أَنْ يُرِيدُوا الْقَوْدَ ، فَيُقِيدُوا ^(١) وَيَأْخُذُوا مِنْ مَالِهِ دِيَّتَيْنِ)

أما إِذَا قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ بَرَأَتْ جِرَاحُهُ ، ثم قَتَلَهُ ، فقد اسْتَقَرَّ حُكْمُ الْقَطْعِ ، وَلَوْلَى الْقِتْلُ الْخِيَارُ ، إِنْ شَاءَ عَفَا وَأَخَذَ ثَلَاثَ دِيَّاتٍ ؛ دِيَّةً لِنَفْسِهِ ، وَدِيَّةً لِيَدَيْهِ ، وَدِيَّةً لِرِجْلَيْهِ ، وَإِنْ شَاءَ قَتَلَهُ قِصَاصًا بِالْقَتْلِ ، وَأَخَذَ دِيَّتَيْنِ لِأَطْرَافِهِ . وَإِنْ أَحَبَّ قَطَعَ أَطْرَافَهُ الْأَرْبَعَةَ ، وَأَخَذَ دِيَّةً لِنَفْسِهِ . وَإِنْ أَحَبَّ قَطَعَ يَدَيْهِ ، وَأَخَذَ دِيَّتَيْنِ لِنَفْسِهِ وَرِجْلَيْهِ . وَإِنْ أَحَبَّ قَطَعَ رِجْلَيْهِ ، وَأَخَذَ دِيَّتَيْنِ لِنَفْسِهِ وَيَدَيْهِ . وَإِنْ أَحَبَّ قَطَعَ طَرَفًا وَاحِدًا ، وَأَخَذَ دِيَّةً الْبَاقِي . وَإِنْ أَحَبَّ قَطَعَ ثَلَاثَةَ أَطْرَافٍ ، وَأَخَذَ دِيَّةً الْبَاقِي . وكذلك سائرُ فُرُوعِهَا ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْقَطْعِ اسْتَقَرَّ قَبْلَ الْقَتْلِ بِالْإِدْمَالِ ، فلم يَتَغَيَّرْ حُكْمُهُ بِالْقَتْلِ الْحَادِثِ بَعْدَهُ ، كما لو قَتَلَهُ أَجْنَبِيٌّ ، ولا نَعْلَمُ فِي هَذَا مُخَالَفًا .

فصل : فَإِنْ اخْتَلَفَ الْجَانِي وَالْوَلِيُّ فِي الْإِدْمَالِ الْجُرْحِ قَبْلَ الْقَتْلِ ، وَكَانَتِ الْمُدَّةُ بَيْنَهُمَا يَسِيرَةً ، لَا يَحْتَمِلُ الْإِدْمَالُ فِي مِثْلِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَانِي بِغَيْرِ يَمِينٍ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي

(٥٧) فِي الْأَصْلِ : : يَتَوَلَّاهُ .

(١) قَوْلُ : : فَيُقِيدُوا .

مُضَيُّ الْمُدَّةِ ، فالقول قول الجاني مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم مضيها ، وإن كانت المدَّة مما يَحْتَمِلُ البرء فيها ، فالقول قول الولي مع يمينه ؛ لأنه قد وَجَدَ سَبَبٌ ^(٢) وَجُوبٌ دِيَّةِ الْبَذْنِ بِقَطْعِهِمَا ، والجاني يَدْعِي سُقُوطَ دِيَّتِهِمَا بِالْقَتْلِ ، والأصل عدم ذلك . فإن كانت للجاني بَيِّنَةٌ بَقَاءِ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ضَمِنًا حَتَّى قَتَلَهُ ، حَكِيمٌ لَهُ بَيِّنَتُهُ ، وإن كانت ^(٣) للولي بَيِّنَةٌ بِبَرِّهِ ، حَكِيمٌ لَهُ أَيْضًا ، وإن تعارضتا ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْوَلِيِّ ؛ لأنها مُبْتَنِيَةٌ لِلْبَرِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْجَانِي ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا بَيِّنَةٌ ؛ لأن الأصل بقاء الجراحَةِ ، وعدمُ اتِّدَمَالِهَا . وإن قَطَعَ أَطْرَافَهُ فَمَاتَ ، وَاخْتَلَفَا ، هَلْ بَرَأَ قَبْلَ الْمَوْتِ ، أَوْ مَاتَ بِسِرِّيَةِ الْجُرْحِ ؟ أَوْ قَالَ الْوَلِيُّ : إِنَّهُ مَاتَ بِسَبَبِ آخَرَ ، كَأَنَّهُ ^(٤) لُدِغَ ، أَوْ ذَبَحَ نَفْسَهُ ، أَوْ ذَبَحَهُ غَيْرُهُ . فَالْحَكْمُ فِيمَا إِذَا مَاتَ بِغَيْرِ سَبَبٍ آخَرَ ، كَالْحَكْمِ فِيمَا إِذَا قَتَلَهُ ، سَوَاءٌ . وَأَمَّا إِذَا مَاتَ بِقَتْلِ أَوْ سَبَبِ آخَرَ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَقْدِيمُ قَوْلِ الْجَانِي ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ بَقَاءَ الْجَنَانِيَّةِ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ سَبَبِ آخَرَ ، فَيَكُونُ الظَّاهِرُ مَعَهُ . وَالثَّانِي ، الْقَوْلُ قَوْلَ وَلِيِّ الْجَنَانِيَّةِ ؛ لأنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الدَّيْتَيْنِ اللَّتَيْنِ وَجَدَ سَبَبُهُمَا ، حَتَّى يُوجَدَ مَا يُزِيلُهُمَا . فَإِنْ كَانَتْ دَعْوَاهُمَا بِالْعَكْسِ ، فَقَالَ الْوَلِيُّ : مَاتَ مِنْ سِرِّيَةِ قَطْعِكَ ، فَعَلَيْكَ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ . فَقَالَ الْجَانِي : بَلِ انْدَمَلَتْ جِرَاحُهُ قَبْلَ مَوْتِهِ . / أَوْ ادَّعَى مَوْتَهُ بِسَبَبِ آخَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَلِيِّ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لأنَّ الْجُرْحَ سَبَبٌ لِلْمَوْتِ ، وَقَدْ تَحَقَّقَ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْإِتِّدَمَالِ ، وَعَدَمُ سَبَبِ آخَرَ يَحْصُلُ الزُّهْقُ بِهِ ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْجُرْحُ فِيمَا يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ فِي الطَّرْفِ ، كَقَطْعِ الْيَدِ مِنْ مَفْصِلٍ أَوْ لَا ^(٥) يُوجِبُهُ ، كَالْجَانِفَةِ وَالْقَطْعِ مِنْ غَيْرِ مَفْصِلٍ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

٣١/٩

١٤٣٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ رَمَى ، وَهُوَ مُسْلِمٌ كَافِرًا عَبْدًا ، فَلَمْ يَقَعْ بِهِ

(٢) ل ب : سبب .

(٣) ل ب ، م : كان .

(٤) ل م : كان .

(٥) ل ب ، م : ولا .

السَّهْمُ حَتَّى عَتَقَ وَأَسْلَمَ ، فَلَا قَوْلَ ، وَعَلَيْهِ دِيَّةُ حُرٍّ مُسْلِمٍ ، إِذَا مَاتَ مِنَ الرَّمْيَةِ ^(١))

هذا قول ابن حامد ، ومذهب الشافعي . وقال أبو بكر : يَجِبُ الْقَوْلُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ ^(٢) مُكَافَأَةً لَهُ ظُلْمًا عَمْدًا ، فَجَبَّ الْقِصَاصُ ، كَالُو كَانَ حُرًّا مُسْلِمًا حَالَ الرَّمْيِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْإِغْتِبَارَ بِحَالِ الْإِصَابَةِ ^(٣) ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ رَمَى مُسْلِمًا حَيًّا ، فَلَمْ يَقَعْ بِهِ السَّهْمُ حَتَّى ارْتَدَّ أَوْ مَاتَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، وَلَوْ رَمَى عَبْدًا كَافِرًا ، فَلَمْ يَقَعْ بِهِ السَّهْمُ حَتَّى عَتَقَ وَأَسْلَمَ ، فَعَلَيْهِ دِيَّةُ حُرٍّ مُسْلِمٍ . وقال أبو حنيفة : يَلْزَمُهُ فِي الْعَبْدِ دِيَّةُ عَبْدٍ لِمَوْلَاهُ ؛ لِأَنَّ الْإِصَابَةَ نَاشِئَةً عَنْ إِرْسَالِ السَّهْمِ ، فَكَانَ الْإِغْتِبَارُ بِهَا ، كَحَالَةِ الْجُرْحِ . فَأَمَّا الْكَافِرُ ، فَمَنْذَرُهُ أَنَّ دِيَّتَهُ دِيَّةُ الْمُسْلِمِ ، وَأَنَّهُ يُقْتَلُ بِهِ الْمُسْلِمُ ، وَكَذَلِكَ يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ . وَلَنَا عَلَى ذَرِّهِ الْقِصَاصُ ، أَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ ^(٤) إِلَى نَفْسٍ مُكَافِئَةٍ ^(٥) لَهُ حَالَ الرَّمْيِ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ قِصَاصٌ ، كَالُو رَمَى حُرًّا أَوْ مُرْتَدًّا فَأَسْلَمَ . وَعَلَى أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّهُ أَتْلَفَ حُرًّا ، فَضَمِنَتْهُ ضَمَانُ الْأَحْرَارِ ، كَالُو قَصَدَ صِدْدًا . وَمَا قَالَهُ يَطْلُبُ بِمَا إِذَا رَمَى حَيًّا فَأَصَابَهُ مَيِّتًا ، أَوْ صَحِيحًا فَأَصَابَهُ مَعِيًّا . وَلَنَا عَلَى أَنَّ دِيَّتَهُ تَجِبُ لَوَرِثَتِهِ دُونَ سَيِّدِهِ ، أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ تَجِبُ دِيَّتُهُ لَوَرِثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ دُونَ الْكُفَّارِ ، إِنَّ ^(٦) مَاتَ مُسْلِمًا حُرًّا ، فَكَانَتْ دِيَّتُهُ لَوَرِثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ ، كَالُو كَانَ كَذَلِكَ حَالَ رَمْيِهِ ، وَلَئِنْ الْمِيرَاثُ إِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِالْمَوْتِ ، فَتُعْتَبَرُ حَالُهُ حَيْثُذَ ، لَا حِينَ سَبَبِ الْمَوْتِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ مَرِضَ وَهُوَ عَبْدٌ كَافِرٌ ، ثُمَّ أَسْلَمَ وَمَاتَ بِتِلْكَ الْعِلَّةِ ، وَالْوَاجِبُ بِذَلِكَ الْمَحَلِّ ، فَيُعْتَبَرُ بِالْمَحَلِّ الَّذِي مَاتَ فِيهَا ، فَيَجِبُ بِقَدَرِهِ ، وَقَدْ فَاتَ بِهَا نَفْسُ حُرٍّ مُسْلِمٍ ، وَالْقِصَاصُ جَزَاءُ الْفِعْلِ ، فَيُعْتَبَرُ الْفِعْلُ فِيهِ وَالْإِصَابَةُ مَعًا ؛ لِأَنَّهُمَا طَرَفَاهُ ، / فَلِذَلِكَ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ .

٣١/٩ ظ

(١) لَمْ : د : سَهْمُهُ .

(٢) سَقَطَ مِنَ الْأَصْلِ .

(٣) لَمْ : د : الْجَنَابَةِ .

(٤) لَمْ : د : يَحْدُ .

(٥) لَمْ : د : مَكَافِئَتِهِ .

(٦) لَمْ : د : أَمَّا ، ب : د : أَنَّهُ .

فصل : ولم يُفَرِّقُ الْجَرَفِيُّ بَيْنَ كَوْنِ الْكَافِرِ ذِمِّيًّا أَوْ غَيْرِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ التَّفَرُّيقُ فِيهِ ، فَمَتَى رَمَى إِلَى حَرْبِي فِي دَارِ الْحَرْبِ ، فَأُسْلِمَ قَبْلَ وَقُوعِ الرِّمِيَةِ بِهِ ، فَلَا دِيَّةَ لَهُ ، وَفِيهِ الْكُفَّارَةُ ؛ لِأَنَّهُ رَمَى مُنْدُوبٌ إِلَيْهِ ، مَأْمُورٌ بِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ يَهْطُلُهُ حَرْبِيًّا ، وَكَانَ قَدْ أَسْلَمَ وَكُتِمَ إِسْلَامُهُ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ فِيهِ الدِّيَّةَ عَلَى عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ خَطِيئٌ ، فَكَذَلِكَ هُنَا . وَلَوْ رَمَى مُرْتَدًّا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَأُسْلِمَ ثُمَّ وَقَعَ السَّهْمُ بِهِ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّبٌ بِإِزْسَالِ سَهْمِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ قَتْلَ الْمُرْتَدِّ إِلَى الْإِمَامِ ، لَا إِلَى آحَادِ النَّاسِ ، وَقَتْلُهُ بِالسَّيْفِ لَا بِالسَّهْمِ .

فصل : وَلَوْ رَمَى حَرْبِيًّا ، فَتَرَسَ بِمُسْلِمٍ ، فَأَصَابَهُ فَقَتَلَهُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ تَرَسَ بِهِ بَعْدَ الرَّمِي ، فَفِيهِ الْكُفَّارَةُ ، وَفِي الدِّيَّةِ عَلَى عَاقِلَةِ الرَّامِي رَوَايَتَانِ ، كَالَّتِي قَبْلُهَا ، وَإِنْ تَرَسَ بِهِ قَبْلَ الرَّمِي ، لَمْ يَجُزْ رَمِيهِ ، إِلَّا أَنْ يَخَافَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، فَيَرْمِي الْكَافِرَ ، وَلَا يَقْصِدُ الْمُسْلِمَ ، فَإِذَا قَتَلَهُ ، فَفِي دِيَّتِهِ أَيْضًا رَوَايَتَانِ ، وَإِنْ رَمَاهُ مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ^(٧) فَقَتَلَهُ ، فَعَلِيهِ دِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجُزْ لَهُ رَمِيهِ .

فصل : وَلَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ ، ثُمَّ أَغْتَقَى وَمَاتَ ، أَوْ يَدَ ذِمِّيٍّ ، ثُمَّ أَسْلَمَ وَمَاتَ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْوَاجِبُ دِيَّةٌ حَرُّ مُسْلِمٍ ، لَوَرَّثَتْهُ وَلِسَيِّدِهِ مِنْهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ دِيَّتِهِ أَوْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ، اعْتِبَارًا بِحَالِ اسْتِقْرَارِ الْجِنَايَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو بَكْرِ : تَجِبُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ ، مَصْرُوفَةً إِلَى السَّيِّدِ ، اعْتِبَارًا بِحَالِ الْجِنَايَةِ ؛ لِأَنَّهَا الْمَوْجِبَةُ ^(٨) لِلضَّمَانِ ، فَاعْتَبِرَتْ حَالُ وَجُودِهَا . وَمُقْتَضَى قَوْلِهِمَا ضَمَانُ الذَّمِيِّ الَّذِي أَسْلَمَ بِدِيَّةِ ذِمِّيٍّ ، وَيَنْزِلُ مَعَهَا عَلَى هَذَا أَنْ يَصْرِفَهَا إِلَى وَرَثَتِهِ مِنْ أَهْلِ الذَّمِّ ، وَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ لَا تَحُلُّوْنَ مِنْ أَنْ تَكُونَ مُسْتَحَقَّةً لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ، أَوْ لَوَرَّثَتْهُ ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ ، وَجِبَ أَنْ تَكُونَ

(٧) لَمْ تَهَادِ : دَكَانَ .

(٨) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : دَ الْمُسْلِمِ .

(٩) لَمْ : دَ الْمَرْجُوبِ .

لَوَرَّثَهُ الْمُسْلِمِينَ^(١٠) ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ وَأَمْلاكِه ، وَكَالَّذِي^(١١) كَسَبَهُ بَعْدَ جُرْجِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ تُحَدِّثُ عَلَى مِلْكٍ وَرَّثَتْهُ ، فَوَرَّثَتْهُ هُمْ الْمُسْلِمُونَ دُونَ الْكُفَّارِ .

٣٢/٩

فصل : وَإِذَا قَطَعَ أَنْفَ عَبْدٍ قِيمَتُهُ أَلْفٌ^(١٢) دِينَارٍ ، فَأَنْدَمَلُ ، ثُمَّ أُعْتِقَهُ / السَّيِّدُ . وَجَبَتْ قِيمَتُهُ بِكَمَالِهَا لِلْسَّيِّدِ . وَإِنْ أُعْتِقَهُ ثُمَّ أُنْدَمَلُ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِثْمًا اسْتَقَرَّ بِالْإِنْدِمَالِ مَا وَجَبَ بِالْجِنَايَةِ ، وَالْجِنَايَةُ كَانَتْ فِي مِلْكِ سَيِّدِهِ . وَإِنْ مَاتَ مِنْ سِيرَايَةِ الْجُرْجِ ، فَكَذَلِكَ فِي قَوْلِ أُنَى بِكْرِ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ الْمُزْنِيِّ ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ يُرَاعَى فِيهَا حَالُ وَجُودِهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ، فِي مَنْ فَقَأَ عَيْنِي عَبْدٍ ، ثُمَّ أُعْتِقَ وَمَاتَ ، فَفِيهِ قِيمَتُهُ لَا الدِّيَّةَ . وَمَقْتَضَى قَوْلُ الْجُرْفِيِّ ، أَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ دِيَّةُ حُرٍّ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عَتَبَارَ الْجِنَايَةِ بِحَالَةِ الْإِسْتِقْرَارِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَتَصَرَّفَ إِلَى السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ أَقْلَ الْأَمْرَيْنِ مِنْ دِيَّتِهِ أَوْ أَرْضِ الْجُرْجِ ، وَالدِّيَّةُ هُنَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ بِمَا إِذَا قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ ، فَمَاتَ بِسِيرَايَةِ الْجُرْجِ ؛ فَإِنَّ الْوَاجِبَ دِيَّةُ النَّفْسِ ، لَا دِيَّةُ الْجُرْجِ .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ ، فَأُعْتِقَ ، ثُمَّ عَادَ فَقَطَعَ رِجْلَهُ ، وَأَنْدَمَلُ الْقَطْعَانِ ، فَلَا قِصَاصَ فِي الْيَدِ ؛ لِأَنَّهَا قُطِعَتْ فِي حَالِ رِقَّةٍ ، وَيَجِبُ فِيهَا نِصْفُ قِيمَتِهِ ، أَوْ مَا نَقَصَهُ الْقَطْعُ لِسَيِّدِهِ ، وَيَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الرَّجْلِ الَّتِي قَطَعَهَا حَالَ حُرِّيَّتِهِ ، أَوْ نِصْفُ الدِّيَّةِ إِنْ غَفَا عَنْ الْقِصَاصِ لَوَرَّثَتْهُ . وَإِنْ أُنْدَمَلُ قَطَعَ الْيَدَ ، وَسَرَى قَطَعَ الرَّجْلَ إِلَى نَفْسِهِ ، فَفِي الْيَدِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ لِسَيِّدِهِ ، وَعَلَى الْقَاطِعِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ، أَوْ الدِّيَّةُ كَامِلَةً لَوَرَّثَتْهُ . وَإِنْ أُنْدَمَلُ قَطَعَ الرَّجْلَ ، وَسَرَى قَطَعَ الْيَدَ ، فَفِي الرَّجْلِ الْقِصَاصُ بِقَطْعِهَا ، أَوْ نِصْفُ الدِّيَّةِ لَوَرَّثَتْهُ ، وَلَا قِصَاصَ فِي الْيَدِ ، وَلَا فِي سِرَايَتِهَا ، وَعَلَى الْجَانِي دِيَّةُ حُرٍّ ، لِسَيِّدِهِ مِنْهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرْضِ الْقَطْعِ أَوْ دِيَّةُ الْحُرِّ ، عَلَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ . وَعَلَى قَوْلِ أُنَى بِكْرِ

(١٠) سقط من : ب .

(١١) سقطت الواو من : م .

(١٢) في الأصل : ألفا .

والقاضي ، تَجِبُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ ، اِعْتِبَارًا بِحَالِ جِنَايَتِهِ . وَإِنْ سَرَى الْجُرْحَانِ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ وَلَا الْيَدِ ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ مِنْ جُرْحَيْنِ مُوجِبٍ وَغَيْرِ مُوجِبٍ ، فَلَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ جَرَحَهُ جُرْحَيْنِ عَمْدًا وَخَطَأً ، وَلَكِنْ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الرَّجُلِ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَهَا مِنْ حُرٍّ ، فَإِنْ اقْتَصَصَ مِنْهُ ، وَجَبَ نِصْفُ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ مِنْ جِنَايَتِهِ ، وَقَدْ اسْتَوْفَى مِنْهُ مَا يُقَابِلُ نِصْفَ الدِّيَةِ / ، وَلِلسَّيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ نِصْفِ الْقِيَمَةِ أَوْ نِصْفِ الدِّيَةِ ، فَإِنْ زَادَ نِصْفُ الدِّيَةِ عَلَى نِصْفِ الْقِيَمَةِ ، كَانَ الرَّائِدُ لِلْوَرْتَةِ ، وَإِنْ غَفَا وَرَثَتَهُ عَنِ الْقِصَاصِ ، فَلَهُمْ أَيْضًا نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنْ كَانَ قَاطِعُ الرَّجُلِ غَيْرَ قَاطِعِ الْيَدِ ، وَانْدَمَلَ الْجُرْحَانِ ، فَعَلَى قَاطِعِ الْيَدِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ لِسَيِّدِهِ ، وَعَلَى قَاطِعِ الرَّجُلِ الْقِصَاصُ فِيهَا أَوْ نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنْ سَرَى الْجُرْحَانِ إِلَى نَفْسِهِ ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ دِيَةِ حُرٍّ ؛ لِأَنَّ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ حُرٌّ فِي حَالِ قَرَارِ الْجِنَايَةِ ، وَعَلَى الثَّانِي الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ إِذَا (١٣) كَانَا عَمْدًا (١٤) الْقَطْعُ ؛ لِأَنَّهُ شَارَكَ فِي الْقَتْلِ عَمْدًا عَدُوًّا ، فَهُوَ كَشَرِّكَ الْأَبِ . وَيَخْرُجُ (١٥) أَنْ لَا قِصَاصَ (١٦) عَلَيْهِ فِي النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ الرُّوحَ خَرَجَتْ مِنْ سِرَايَةِ قَطْعَتَيْنِ ؛ مُوجِبٍ وَغَيْرِ مُوجِبٍ ، بِنَاءً عَلَى شَرِّكَ الْأَبِ . وَإِنْ غَفَا عَنْهُ إِلَى الدِّيَةِ ، فَعَلَيْهِ نِصْفُ دِيَةِ حُرٍّ . وَإِنْ قُلْنَا بِوُجُوبِ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ ، خُرَجَ فِي وَجُوبِهِ فِي الطَّرَفِ رَوَايَتَانِ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَجِبُ فِي النَّفْسِ . وَجَبَ فِي الرَّجُلِ .

فصل : وَإِنْ قَلَعَ عَيْنَ عَبْدٍ ، ثُمَّ أُعْتِقَ ، ثُمَّ قَطَعَ آخِرُ يَدِهِ ، ثُمَّ قَطَعَ آخِرُ رِجْلِهِ ، فَلَا قَوْدَ عَلَى الْأَوَّلِ ، سِوَاءِ الذَّمِّ جُرْحُهُ أَوْ سَرَى ، وَأَمَّا الْآخَرَانِ ، فَعَلَيْهِمَا الْقَوْدُ فِي الطَّرَفَيْنِ (١٧) إِنْ وَقَفَ (١٨) قَطْعُهُمَا ، أَوْ دِيَّتُهُمَا إِنْ غَفَا عَنْهُمَا . وَإِنْ سَرَّتِ الْجَرَاحَاتُ كُلُّهَا ، فَعَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ جِنَايَتَهُمَا صَارَتْ نَفْسًا . وَفِي ذَلِكَ وَفِي الْقِصَاصِ فِي الطَّرَفِ اخْتِلَافٌ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ ، وَإِنْ غَفَا عَنْهُمَا ، فَعَلَيْهِمَا الدِّيَةُ أَثْلَاثًا ، وَفِيهَا يَسْتَحِقُّهُ

(١٣-١٤) ب : م : كَانَ عَمْدًا .

(١٤-١٥) ق : م : إِلَّا الْقِصَاصُ . خَطَأً .

(١٥-١٦) أ : الْأَمَلُ : أَوْفَقَ .

السَّيِّدُ وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ نِصْفِ الْقِيَمَةِ أَوْ ثُلُثُ الدَّيَّةِ . هَذَا قِيَاسُ قَوْلِ
أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ بِالْقَطْعِ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْقِيَمَةِ ، فَإِذَا صَارَتْ نَفْسًا ، وَجَبَ فِيهَا ثُلُثُ
الدَّيَّةِ ، فَكَانَ لَهُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ^(١٦) . ^(١٧) وَالثَّانِي ، لَهُ ^(١٨) أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِ الْقِيَمَةِ أَوْ ثُلُثِ
الدَّيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْجَنَائَةَ إِذَا صَارَتْ نَفْسًا ، كَانَ الْاِغْتِبَارُ بِمَا آلَتْ إِلَيْهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ جَنَى
الْجَانِيَانِ الْآخَرَازَانَ قَبْلَ الْعِقْرِ أَيْضًا ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الْأَوَّلِ إِلَّا ثُلُثُ الْقِيَمَةِ ، فَلَا يَزِيدُ حَقُّهُ
بِالْعِقْرِ ، كَمَا لَوْ قَلَعَ رَجُلٌ عَيْنَهُ ، ثُمَّ بَاعَهُ سَيِّدُهُ ، / ثُمَّ قَطَعَ آخَرَ يَدِهِ ، وَآخَرَ رِجْلِهِ ، ثُمَّ
مَاتَ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لِلأَوَّلِ ثُلُثُ الْقِيَمَةِ . وَإِنْ كَانَ أَرْضُ الْجَنَائَةِ نِصْفَ الْقِيَمَةِ ، فَإِذَا قُلْنَا
بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، فَلَوْ كَانَ الْأَوَّلُ قَطَعَ إصْبَعِيهِ ^(١٩) ، أَوْ هَشَمَهُ ، وَالْجَانِيَانِ فِي الْحُرِّيَّةِ قَطَعَا
يَدَهُ ^(٢٠) ، فَالدَّيَّةُ عَلَيْهِمَ اثْنَانِ ، لِلْسَّيِّدِ مِنْهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرْضِ الْإِصْبَعِ وَهُوَ عَشْرُ الْقِيَمَةِ
أَوْ ثُلُثُ الدَّيَّةِ . وَلَوْ كَانَ الْجَانِي فِي حَالِ الرِّقِّ قَطَعَ يَدَيْهِ ، وَالْجَانِيَانِ فِي الْحُرِّيَّةِ قَطَعَا
رِجْلَيْهِ ، وَجَبَتْ الدَّيَّةُ اثْنَانِ ، وَكَانَ لِلْسَّيِّدِ مِنْهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ جَمِيعِ الْقِيَمَةِ ^(٢١) أَوْ ثُلُثُ
الدَّيَّةِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَكُونُ لَهُ فِي الْفَرْعَيْنِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِ الْقِيَمَةِ أَوْ ثُلُثِ
الدَّيَّةِ .

٣٣/٩

فصل ^(٢٢) : فَإِنْ كَانَ الْجَانِيَانِ فِي حَالِ الرِّقِّ ، وَالوَاحِدُ فِي حَالِ الْحُرِّيَّةِ ، فَمَاتَ ،
فَعَلَيْهِمُ الدَّيَّةُ ، وَلِلْسَّيِّدِ مِنْ ذَلِكَ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرْضِ الْجَنَائَتَيْنِ أَوْ
ثُلُثِي الدَّيَّةِ ، وَعَلَى الْآخَرِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِي الْقِيَمَةِ أَوْ ثُلُثِي الدَّيَّةِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْجَنَائَةُ أَرْبَعَةً ؛ وَاحِدٌ فِي حَالِ الرِّقِّ ^(٢٣) ، وَثَلَاثَةٌ فِي الْحُرِّيَّةِ ،

(١٦) ق م : : أمرين .

(١٧) (١٧-١٧) سقط من : ب .

(١٨) ق الأصل : : يده .

(١٩) ق الأصل : : يده .

(٢٠) ق الأصل ، أ ، ب : : قيمته .

(٢١) سقط هذا الفصل كله من : ب .

(٢٢) سقط من : ب ، م .

ومات ، كان للسيد في أحد الوجهين ، الأقل من أرض الجناية أو ربع الدية ، وعلى الآخر الأقل من ربع القيمة أو ربع الدية . وإن كان الثلاثة في الرق ، والواحد في الحرية ، كان للسيد أقل الأمرين من أرض الجنايات أو ثلاثة^(٢٣) أرباع الدية ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر الأقل من ثلاثة أرباع القيمة أو ثلاثة أرباع الدية . ولو كانوا عشرة ، واحد في الرق ، وتسعة في الحرية ، فالدية عليهم ، وللسيد فيها بحساب ما ذكرنا ، على اختلاف الوجهين .

فصل : فإن قطع يده ، ثم أعيت ، فقطع آخر رجله ، ثم عاد الأول فقتله بعد
 الإندمال ، فعليه القصاص للورثة ، ونصف القيمة للسيد ، وعلى الآخر القصاص للورثة في الرجل أو نصف الدية . فإن كان قبل الإندمال ، فعلى الجاني الأول القصاص في النفس دون^(٢٤) اليد ؛ لأنه قطعها في رقه . فإن اختار الورثة القصاص في النفس^(٢٥) ، سقط حق السيد ؛ لأنه لا يجوز أن يستحق عليه النفس وأرض الطرف قبل الإندمال ، فإن الطرف داخل في النفس في الأرض . وإن اختاروا العفو ، فعليه الدية دون أرض الطرف ؛ لأن أرض الطرف يدخل في النفس ، وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمة أو أرض الطرف ، والباقي للورثة ، / وأما الثاني ، فعليه^(٢٦) القصاص في الرجل ؛ لأن القتل قطع سيراتها ، فصار كما لو اندملت . فإن عفا عنه^(٢٧) فعليه نصف الدية . وإن كان الثاني هو الذي قتل قبل الإندمال^(٢٨) ، فعليه القصاص في النفس . وهل يقطع طرفه ؟ على روايتين . فإن عفا الورثة ، فعليه دية واحدة . وأما الأول ، فعليه نصف القيمة للسيد ، ولا قصاص عليه . وإن كان القاتل ثلثا ، فقد استقر القطعان ، ويكون على الأول نصف القيمة لسيد ، وعلى الثاني القصاص في الرجل ، أو نصف^(٢٩) الدية

٣٣/٩ ط

(٢٣) في م : « ثلاثة » .

(٢٤-٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٥) في م نداء : « نصف » .

(٢٦-٢٧) سقط من : م .

(٢٧) في الأصل : « ونصف » .

لَوَرَّيْتَهُ ، وعلى الثالثِ القصاصُ في النفسِ أو الدِّيةُ .

فصل : وإذا قَطَعَ رجلٌ يَدَ عبيده ، ثم أعتقه ، ثم الدَّمَلُ جُرْحُهُ ، فلا قِصاصَ عليه ولا ضَمَانَ ؛ لأنه إذا قَطَعَ يَدَ عبيده ، وإثما استقرَّ بالأيدي مالٌ ما وَجِبَ بالجِراحِ . وإن مات بعدَ الوثقِ بَسْرِيَّةِ الجُرْحِ ، فلا قِصاصَ فيه ؛ لأنَّ الجِنَايَةَ كانت على مَمْلُوكِهِ . وفي وَجُوبِ^(٢٨) الضَّمَانِ وَجْهَانِ ؛ أحدهما ؛ لا يَجِبُ شيءٌ ؛ لأنه مات بَسْرِيَّةِ جُرْحٍ غيرِ مَضمُونٍ ، أشَبَهَ ما لو مات بَسْرِيَّةِ القَطْعِ في الحَدِّ وبَسْرِيَّةِ القَوْدِ ، ولأنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ القَطْعَ كان قَتْلًا ، فيكون^(٢٩) قَاتِلًا لِعَبْدِهِ ، فلا يَلْزَمُهُ ضَمَانُهُ ، كما لو لم يَعْتِقْهُ .^(٣٠) وهذا بِمُقْتَضَى قَوْلِ أبي بكرٍ^(٣١) . والثاني ، يَضْمَنُهُ بما زاد على أَرْضِ القَطْعِ من الدِّيةِ ؛ لأنه مات وهو حُرٌّ بَسْرِيَّةِ قَطْعِ عُدْوَانٍ ، فيَضْمَنُ ، كما لو كان القاطِعُ أجنبيًّا ، لكن يَسْقُطُ أَرْضُ القَطْعِ ؛ لأنه في مِلْكِهِ ، ويجبُ الزَّائِدُ لَوَرَّيْتَهُ ، فإن لم يَكُنْ له وِارِثٌ سِوَاهُ ، وَجِبَ لِبَيْتِ المَالِ ، ولا يَرِثُ السَّيِّدُ شيئًا ؛ لأنَّ القَاتِلَ لا يَرِثُ .

١٤٤٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَتَلَ رَجُلٌ اثْنَيْنِ ، وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ ، فَاتَّفَقَ أَوْلِيَاءُ النِّجْمِ عَلَى القَوْدِ ، أُقِيدَ لَهُمَا . وَإِنْ أَرَادَ وَلِيُّ الأَوَّلِ القَوْدَ ، والثَّانِي الدِّيةَ ، أُقِيدَ لِلأَوَّلِ ، وأُعْطِيَ أَوْلِيَاءُ الثَّانِي الدِّيةَ مِنْ مَالِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَرَادَ أَوْلِيَاءُ الأَوَّلِ الدِّيةَ ، والثَّانِي القَوْدَ)

وجملة ذلك أنه إذا قَتَلَ اثْنَيْنِ ، فَاتَّفَقَ أَوْلِيَاؤُهُمَا على قَتْلِهِ بهما ، قُتِلَ بهما . وإن أَرَادَ أَحَدُهُمَا القَوْدَ ، والآخَرُ الدِّيةَ ، قُتِلَ مَنْ اخْتَارَ^(١) / القَوْدَ ، وأُعْطِيَ أَوْلِيَاءُ^(٢) الثَّانِي الدِّيةَ مِنْ مَالِهِ ، سواءَ كان المُخْتَارُ للقَوْدِ الثَّانِي أو الأَوَّلَ ، وسواءَ قَتَلَهُمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً ، أو

٣٤/٩

(٢٨) في م : وجود .

(٢٩) في الأصل نهادة : قتل .

(٣٠) سقط من : م .

(٣١) في م : أراد .

(٣٢) سقط من : الأصل ، ب .

دَفْعَتَيْنِ . فَإِنْ بَادَرَ أَحَدُهُمَا قَتْلَهُ ، وَجَبَ ^(٣) لِلْآخَرِ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ ، أَيُّهُمَا كَانَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : يُقْتَلُ بِالْجَمَاعَةِ ، لَيْسَ لَهُمْ إِلَّا ذَلِكَ ، وَإِنْ طَلَبَ بَعْضُهُم الدِّيَّةَ ، فَلَيْسَ لَهُ ، وَإِنْ بَادَرَ أَحَدُهُمْ ^(٤) قَتْلَهُ ^(٥) ، سَقَطَ حَقُّ الْبَاقِيْنَ ؛ لِأَنَّ الْجَمَاعَةَ لَوْ قَتَلُوا وَاحِدًا قَتَلُوا بِهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا قَتَلَهُمْ وَاحِدٌ قُتِلَ بِهِمْ ؛ كَالوَاحِدِ بِالوَاحِدِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يُقْتَلُ إِلَّا بِوَاحِدٍ ، سِوَاءِ اتَّفَقُوا عَلَى ^(٦) طَلَبِ الْقِصَاصِ ^(٧) أَوْ لَمْ يَتَّفِقُوا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ ، فَاشْتَرَا كُفَّهُمْ فِي الْمَطَالِبَةِ لَا يُوجِبُ تَدَاخُلَ ^(٨) حُقُوقِهِمْ ، كَسَائِرِ الْحُقُوقِ . وَلَنَا عَلَى أُنَى حَنِيفَةَ ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَمَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ، إِنْ أَحْبَبُوا قَتَلُوا ، وَإِنْ أَحْبَبُوا أَخَذُوا الْعَقْلَ » ^(٩) . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ أَهْلَ كُلِّ قَتِيلٍ يَسْتَحِقُّونَ مَا اخْتَارُوهُ مِنَ الْقَتْلِ أَوْ الدِّيَّةِ ، فَإِذَا اتَّفَقُوا عَلَى الْقَتْلِ وَجَبَ لَهُمْ ، وَإِنْ اخْتَارَ بَعْضُهُم الدِّيَّةَ ، وَجَبَتْ ^(١٠) لَهُ بِظَاهِرِ الْخَبَرِ ، وَلَأَنَّهُمَا جِنَايَتَانِ لَا يَتَدَاخِلَانِ إِذَا كَانَتَا خَطَأً أَوْ إِحْدَاهُمَا ^(١١) ، فَلَمْ يَتَدَاخِلَا فِي الْعَمْدِ ، كَالْجِنَايَاتِ عَلَى الْأَطْرَافِ ، وَقَدْ سَلَّمُوها . وَلَنَا عَلَى الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ مَحَلٌّ تَعَلُّقٍ بِهِ حَقَّانِ ، لَا يَتَسَبَّعُ لَهَا مَعَا ، رَضِيَ الْمُسْتَحِقَّانِ بِهِ عَنْهُمَا ، فَيُكَفَى بِهِ ، كَمَا لَوْ قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدَيْنِ خَطَأً فَرَضِيَ بِأَخِيذِهِ عَنْهُمَا ، وَلَأَنَّهُمَا رَضِيًّا . يَدُونِ حَقَّهُمَا فَجَاز ، كَمَا لَوْ رَضِيَ صَاحِبُ الصَّحِيحَةِ بِالشَّلَاءِ ، أَوْ وَلِيُّ ^(١٢) الْحُرِّ بِالْعَبْدِ ، وَوَلِيُّ الْمُسْلِمِ بِالْكَافِرِ . وَفَارَقَ مَا إِذَا كَانَ الْقَتْلُ خَطَأً ؛ فَإِنْ الْجِنَايَةُ تَجِبُ فِي الدِّمَةِ ، وَالذِّمَّةُ تُتَسَبَّعُ لِحُقُوقِ كَثِيرَةٍ . وَمَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ فَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ

(٣) فِي ب : وَجِبَتْ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : وَأَحْدَاهُمَا .

(٥) فِي م : قَتَلَ .

(٦-٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : الطَّلَبُ لِلْقِصَاصِ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٨) تَقَدَّمَ تَعْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٥١٦ .

(٩) فِي م : وَجِبَ .

(١٠) فِي ب ، م : وَأَحْدَاهُمَا .

(١١) فِي الْأَصْلِ : وَوَلَى .

الجماعة قَتَلُوا بالواحد ، لئلا يُؤدَّى الاشتراك إلى إسقاط القصاص ، تَغْلِيظًا لِلْقصاص ، ومُبَالِغَةً فِي الزَّجَر ، وفي مسألتنا يَتَمَكِّسُ هذا ، فإنه إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْقصاصَ واجبٌ عليه بِقَتْلِ واحدٍ ، وَأَنَّ قَتْلَ الثَّانِي والثَّالِثِ لَا يَزِدُّهُ عَلَيْهِ حَقٌّ ، بَادَرَ إِلَى قَتْلِ مَنْ يُرِيدُ قَتْلَهُ ، وَفَعَلَ مَا يَشْتَبِيهِ فِعْلُهُ ، / فَبَصِيرُ هذا كإسقاط القصاص عنه ابتداءً مع الدِّية . ٣٤/٩ ط

فصل : وَإِنْ طَلَبَ كُلُّ وَلِيٍّ قَتْلَهُ بِوَلِيِّهِ ، مُسْتَقِلًّا مِنْ غَيْرِ مُشَارَكَةٍ ، قُدِّمَ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، وَلِأَنَّ الْمَحَلَّ صَارَ مُسْتَحَقًّا لَهُ ^(١٢) بِالْقَتْلِ الْأَوَّلِ . فَإِنْ عَفَا وَلِيُّ الْأَوَّلِ ، فَلَوْلِيُّ الثَّانِي قَتْلَهُ . وَإِنْ طَالَبَ وَلِيُّ الثَّانِي قَبْلَ طَلَبِ الْأَوَّلِ ، بَعَثَ الْحَاكِمُ إِلَى وَلِيِّ الْأَوَّلِ فَأَعْلَمَهُ . وَإِنْ بَادَرَ الثَّانِي فَقَتَلَهُ ، أَسَاءَ ، وَسَقَطَ حَقُّ الْأَوَّلِ إِلَى الدِّيةِ . وَإِنْ كَانَ وَلِيُّ الْأَوَّلِ غَائِبًا أَوْ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا ، انْتِظَرَ . وَإِنْ عَفَا أَوْلِيَاءُ الْجَمِيعِ إِلَى الدِّيَاتِ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ . وَإِنْ قَتَلَهُمْ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، وَشَاخُوا فِي الْمُسْتَوْفَى ، أَقْرِعَ بَيْنَهُمْ ، فَقُدِّمَ مَنْ تَقَعَ لَهُ الْقُرْعَةُ ؛ لِتَسَاوِي حُقُوقِهِمْ . وَإِنْ بَادَرَ غَيْرُهُ فَقَتَلَهُ ، اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَسَقَطَ ^(١٣) حَقُّ الْبَاقِينَ إِلَى الدِّيةِ . وَإِنْ قَتَلَهُمْ مُتَفَرِّقًا ، وَأَشْكَلَ الْأَوَّلُ ، أَوْ ادَّعَى كُلُّ وَلِيٍّ أَنَّهُ الْأَوَّلُ ، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُمْ ، فَأَقْرَأَ الْقَاتِلَ لِأَحَدِهِمْ ، قُدِّمَ بِإِقْرَارِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُقَرِّ ، أَقْرِعْنَا بَيْنَهُمْ ؛ لِاسْتِثْنَاءِ حُقُوقِهِمْ .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ يُمْنَى رَجُلَيْنِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِي الْأَنْفُسِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ وَالِاخْتِلَافِ ، إِلَّا أَنَّ أَصْحَابَ الرَّأْيِ قَالُوا : يُقَادُّ لَهَا جَمِيعًا ، وَيُقَرَّمُ لَهَا دِيَّةٌ الْيَدِ فِي مَالِهِ نِصْفَتَيْنِ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُفَضِّلُ إِلَى إِبْجَابِ الْقَوْدِ فِي بَعْضِ الْعُضْوِ وَالْدِّيةِ فِي بَعْضِهِ ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْبَدْلِ وَالْمُبْدَلِ فِي مَحَلِّ وَاحِدٍ ، وَلَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِهِ ، وَلَا يُظَاهَرُ لَهُ يُقَاسُ عَلَيْهِ .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في م : سقط .

فصل : وإن قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ ، ثم قَتَلَ آخَرَ ، ثم سَرَى الْقَطْعُ إلى نَفْسِ الْمَقْطُوعِ فمات ، فهو قَاتِلٌ لهما ، فإذا تَشَاخَفَا الْمُسْتَوْفَى لِلْقَتْلِ ، قُتِلَ بِالذِّي قَتَلَهُ ؛ لِأَنَّ وَجُوبَ الْقَتْلِ عَلَيْهِ أَسْبَقُ ، فَإِنِ الْقَتْلُ بِالذِّي قَطَعَهُ إِنَّمَا وَجِبَ عِنْدَ السَّرَاةِ ، وَهِيَ مُتَأَخِّرَةٌ عَنِ الْقَتْلِ الْآخَرِ ، وَأَمَّا الْقَطْعُ ، فَإِنِ قُلْنَا : إِنَّهُ يُسْتَوْفَى مِنْهُ مِثْلُ مَا فَعَلَ . فَإِنَّهُ يُقَطَّعُ لَهُ أَوَّلًا ، ثُمَّ يُقَتَّلُ لِلذِّي ^(١٤) قَتَلَهُ ، وَيجِبُ لِلأَوَّلِ نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنِ قُلْنَا : لَا يُسْتَوْفَى الْقَطْعُ . وَجِبَتْ لَهُ الدِّيَةُ كَامِلَةً ، وَلَمْ يُقَطَّعْ طَرَفُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ لَهُ الْقَطْعُ عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ / لِأَنَّ الْقَطْعَ إِنَّمَا يَدْخُلُ فِي الْقَتْلِ عِنْدَ اسْتِيفَاءِ الْقَتْلِ . فَإِذَا تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْقَتْلِ ، وَجِبَ اسْتِيفَاءُ الطَّرَفِ لَوُجُودِ ^(١٥) مُقْتَضِيهِ ، وَعَدَمِ الْمَانِعِ مِنْ اسْتِيفَائِهِ ، كَالْوَلَمِ يَسِرُّ . وَلَوْ كَانَ قَطْعُ الْيَدِ لَمْ يَسِرْ إِلَى النَّفْسِ ، فَإِنَّهُ يُقَطَّعُ يَدُهُ أَوَّلًا ، ثُمَّ يُقَتَّلُ ، وَسَوَاءٌ تَقَدَّمَ الْقَطْعُ أَوْ تَأَخَّرَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يُقَتَّلُ وَلَا يُقَطَّعُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قُتِلَ تَلَفَ الطَّرَفُ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي الْقَطْعِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ لِوَاحِدٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا جِنَاتَانِ عَلَى رَجُلَيْنِ ، فَلَمْ يَتَذَخَّلَا ، كَقَطْعِ يَدَيِ رَجُلَيْنِ . وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْقِيَاسِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَالَ : لَوْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ ، ثُمَّ قَتَلَهُ يَقْصِدُ الْمُثْلَةَ بِهِ ، قُطِعَ وَقُتِلَ . وَنَحْنُ نُوَافِقُهُ عَلَى هَذَا فِي رِوَايَةٍ ، فَقَدْ حَصَلَ الْإِجْمَاعُ مَعَنَا وَمِنْهُ ^(١٦) عَلَى انْتِفَاءِ التَّدَاخُلِ فِي الْأَصْلِ ، فَكَيْفَ يَقْيَسُ عَلَيْهِ ! وَلَكِنَّهُ يَنْقَلِبُ دَلِيلًا عَلَيْهِ ، فَنَقُولُ : قَطَعَ وَقَتَلَ ، فَيُسْتَوْفَى مِنْهُ مِثْلُ مَا فَعَلَ ، كَالْوَلَمِ فَعَلَهُ بِرَجُلٍ وَاحِدٍ يَقْصِدُ الْمُثْلَةَ بِهِ ^(١٧) ، وَيُثْبِتُ الْحُكْمُ فِي مَحَلِّ التَّزَاوُعِ بِطَرِيقِ التَّشْبِيهِ ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَتَذَخَّلْ حَقُّ الْوَاحِدِ ، فَحَقُّ الْاِثْنَيْنِ أَوَّلَى ، وَيَبْطُلُ بِهَذَا مَا قَالَهُ مِنَ الْمَعْنَى .

فصل : وإن قَطَعَ (صَبْعًا مِنْ يَمِينِ رَجُلٍ ، وَيَمِينًا لآخَرَ ، وَكَانَ قَطْعُ الْإِصْبَعِ أَسْبَقُ ، قُطِعَتْ إِصْبَعُهُ قِصَاصًا ، وَخُيِّرَ الْآخَرُ ^(١٨) بَيْنَ الْعَفْوِ إِلَى الدِّيَةِ ، وَبَيْنَ الْقِصَاصِ وَأَخْذِ دِيَةِ

(١٤) ق ب ، م : : الذِّي .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : : بَرُودٌ . وَفِي م : : لَوْجُوبٌ .

(١٦) ق ب ، م : : وَبِهِمْ .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : : الْأَسِيرُ .

الإصْبَع . ذكره القاضي ، وهو اختيار ابن حامد ، ومذهب الشافعي ؛ لأنه وَجَدَ بعضَ حَقِّه ، فكان له استيفاءُ المَوْجُودِ ، وأخذُ بَدَلِ المفقودِ ، كَمَنْ أَتْلَفَ مِثْلًا لِرَجُلٍ ، فَوَجَدَ بعضَ المِثْلِ . وقال أبو بكر : يَتَخَيَّرُ^(١٩) بين الإقصاص ولا شيء له معه ، وبين الدِّيَّة . هذا قياسُ قوله ، وهو مذهبُ أَى حَنيفَةٍ ؛ لأنه لا يُجْمَعُ في عُضْوٍ واحدٍ بين إقصاصٍ ودِيَّةٍ كالنَّفْسِ . وإن كان قَطْعُ اليَدِ سابقًا على قَطْعِ الإصْبَعِ ، قُطِعَتْ يَمِينُهُ إقصاصًا ، ولصاحبِ الإصْبَعِ أُرْشُهَا . ويفارقُ هذا ما إذا قَتَلَ رَجُلًا ، ثم قَطَعَ يَدَ آخرَ ، حيثُ قَدْ مَنَّا استيفاءَ القَطْعِ مع تأخُّره ؛ لأنَّ قَطْعَ اليَدِ لا يَمْنَعُ التَّكَافُؤَ في النَّفْسِ ، بدليلِ أَنَا نَأْخُذُ كَامِلَ الْأَطْرَافِ بِنَاقِصِهَا ، وَأَنْ دِيَّتُهُمَا وَاحِدَةٌ ، / ونَقْصُ الإصْبَعِ يَمْنَعُ التَّكَافُؤَ في اليَدِ ، بدليلِ أَنَا لا نَأْخُذُ الكَامِلَةَ بِالنَّاقِصَةِ ، واختلافِ دِيَّتِهِمَا . وإن عَفَا صاحبُ اليَدِ ، قُطِعَتِ الإصْبَعُ لِصَاحِبِهَا ، إن^(٢٠) اخْتَارَ قَطْعَهَا .

١٤٤٩ - مسألة : قال : (وَإِذَا جَرَّحَهُ جُرْحًا يُمَكِّنُ الْإِقْصَاصُ مِنْهُ بِلَا خَيفٍ ، ائْتَصُّ مِنْهُ)

وجملةُ ذلك أَنَّ الإِقصَاصَ يَجْرَى فيما دُونَ النَّفْسِ مِنَ الجُرُوحِ ، إِذَا امْتَكَّنَ ؛ للنَّصِّ والإِجماعِ ؛ أَمَّا النَّصُّ فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾^(١) . وَرَوَى أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ ، أَنَّ الرُّمَيْجَ بَنَتِ النَّضَرَ بْنِ أَنَسٍ ، كَسَرَتْ ثِيْبَةً جَانِبَهُ ، فَعَرَضُوا عَلَيْهِمُ الْأَرْضَ ، فَأَبَوْا إِلَّا الْقِصَاصَ ، فَجَاءَ أَخُوها أَنَسُ بْنُ النَّضْرِ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ تُكْسِرُ ثِيْبَةَ الرُّمَيْجِ ! وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ لَا تُكْسِرُ ثِيْبَتِهَا . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « يَا أَنَسُ ، كَتَبَ اللَّهُ الْإِقْصَاصَ » . قَالَ : فَعَفَا الْقَوْمُ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « إِنْ مِنْ عِبَادِ اللَّهِ مَنْ لَوْ أَقْسَمَ عَلَى

(١٩) لى م : ١ يخر .

(٢٠) لى الأصل ، م : ١ وإن .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

الله لأمره . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وأَجْمَعَ المسلمون على جَرَيَانِ الْقِصَاصِ فيما دُونَ النَّفْسِ إذا أَمَكْنَ ، ولأنَّ ما دُونَ النَّفْسِ كالنَّفْسِ في الْحَاجَةِ إلى حِفْظِهِ بِالْقِصَاصِ ، فكان كالنَّفْسِ في وَجُوبِهِ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ لَوُجُوبِ الْقِصَاصِ فِي الْجُرُوحِ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ عَمْدًا مُحْضًا ، فَأَمَّا الْخَطَأُ فَلَا قِصَاصَ فِيهِ إِجْمَاعًا ، وَلأنَّ الْخَطَأَ لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ ، وَهِيَ الْأَصْلُ ، فَفِيمَا دُونَهَا أَوْلَى . وَلَا يَجِبُ بَعْدُ الْخَطَأُ ، وَهُوَ أَنْ يَقْصِدَ ضَرَرَهُ بِمَا لَا يُقْضَى إِلَى ذَلِكَ غَالِبًا ، مِثْلُ أَنْ يَضْرِبَ بِهِ بِحَصَاةٍ لَا يُوضِعُ مِثْلَهَا ، فَنُوضِحَهُ ، فَلَا يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ ، لِأَنَّهُ شِبْهُ الْعَمْدِ ، وَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ إِلَّا بِالْعَمْدِ الْمُحْضِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ ، وَلَا يُرَاعَى فِيهِ ذَلِكَ ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ . الثَّانِي ، التَّكَاوُفُ بَيْنَ الْجَارِحِ وَالْمَجْرُوحِ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْجَانِي يُقَادُّ مِنَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لَوْ قَتَلَهُ ، كَالْحُرِّ الْمُسْلِمِ مَعَ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ ، فَأَمَّا مَنْ لَا يُقْتَلُ بِقَتْلِهِ ، فَلَا يَقْتَصُّ مِنْهُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ لَهُ ، كَالْمُسْلِمِ مَعَ الْكَافِرِ ، وَالْحُرِّ مَعَ الْعَبْدِ ، وَالْأَبِ مَعَ ابْنِهِ ، لِأَنَّهُ لَا تُؤْخَذُ نَفْسُهُ بِنَفْسِهِ ، فَلَا يُؤْخَذُ طَرَفُهُ بِطَرَفِهِ ، وَلَا يُجْرَحُ بِجُرْحِهِ ، / كَالْمُسْلِمِ مَعَ الْمُسْتَأْمِنِ . الثَّالِثُ ، إِمَّا كَانَ الْاِسْتِيفَاءُ مِنْ غَيْرِ حَافٍ وَلَا زِيَادَةٍ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾ ^(٢) . وَقَالَ : ﴿ فَمَنْ آغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آغْتَدَى

و ٣٦/٩

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب الصلح في الدية ، من كتاب الصلح ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ من المؤمنين رجال صدقوا ما عاهدوا الله عليه ... ﴾ ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب قوله : ﴿ ومن الناس من يتخذ من دون الله اندادا ﴾ ، باب قوله : ﴿ والجروح قصاص ﴾ . من كتاب الضمور . صحيح البخاري ٢٤٣/٣ ، ٢٣/٤ ، ٢٩/٦ ، ٦٥ ، ٦٦ . ومسلم ، في : باب إثبات القصاص في الأئمان وما في معناها ، من كتاب القسامة . صحيح مسلم ١٣٠٢/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب القصاص من السنن ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٥٠٣/٢ . والنسائي ، في : باب القصاص من الثنية ، من كتاب القسامة . المحصى ٢٤/٨ ، ٢٥ . وابن ماجه ، في : باب القصاص في السنن ، من كتاب الدييات . سنن ابن ماجه ٨٨٤/٢ ، ٨٨٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٢٨/٣ ، ١٦٧ ، ٢٨٤ .

(٣) سورة النحل ١٢٦ .

عَلَيْكُمْ ﴿٤﴾ . وَلَئِنْ دَمَ الْجَانِي مَعْصُومًا إِلَّا فِي قَلْبٍ جَنَانِيهِ ، فَمَا زَادَ عَلَيْهَا يَتَقَى عَلَى الْعِصْمَةِ ، فَيُخَرَّمُ اسْتِيفَاؤُهُ بَعْدَ الْجَنَانِيَةِ ، كَحَرْمِهِ قَبْلَهَا ، وَمِنْ ضَرُورَةِ الْمَنْعِ مِنَ الزِّيَادَةِ الْمَنْعُ مِنَ الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ لَوَازِمِهِ ، فَلَا يُمَكِّنُ الْمَنْعُ مِنْهَا إِلَّا بِالْمَنْعِ مِنْهُ . وَهَذَا لَا يَخْلَافُ فِيهِ نَعْلَمُهُ . وَمِمَّنْ مَنَعَ الْقِصَاصَ فِيمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ الْحَسَنُ ، وَالشَافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَمَنَعَهُ فِي الْعِظَامِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَعَطَاءٌ ، وَالثَّعْلَبِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالْحَكَمُ ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْجُرْحَ الَّذِي يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤَهُ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، هُوَ كُلُّ جُرْحٍ يَنْتَهِي إِلَى عَظْمٍ ، كَالْمُوضِحَةِ فِي الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِي جَوَازِ الْقِصَاصِ فِي الْمُوضِحَةِ خِلَافًا ، وَهِيَ كُلُّ جُرْحٍ يَنْتَهِي إِلَى الْعَظْمِ فِي الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى (نَصُّ عَلَى) الْقِصَاصِ فِي الْجُرُوحِ ، فَلَوْ لَمْ يَجِبْ هَهُنَا ، لَسَقَطَ حُكْمُ الْآيَةِ ، وَفِي مَعْنَى الْمُوضِحَةِ كُلُّ جُرْحٍ يَنْتَهِي إِلَى عَظْمٍ فِيمَا سِوَى الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ ، كَالسَّاعِدِ ، وَالْعِزْدِ ، وَالسَّاقِ ، وَالْفَخِذِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ : لَا قِصَاصَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا مَقْدَرٌ ^(٦) فِيهَا . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ، لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ . وَلَئِنْ أَمَكَّنَ اسْتِيفَاؤُهَا بِغَيْرِ حَيْفٍ وَلَا زِيَادَةٍ ، لِانْتِهَائِهَا إِلَى عَظْمٍ ، فَهِيَ كَالْمُوضِحَةِ ، وَالتَّقْدِيرُ فِي الْمُوضِحَةِ لَيْسَ هُوَ الْمُقْتَضَى لِلْقِصَاصِ ، وَلَا عَدَمُهُ مَانِعًا ، وَإِنَّمَا كَانَ التَّقْدِيرُ فِي الْمُوضِحَةِ لِكَثْرَةِ شَيْئِهَا ، وَشَرَفِ مَحَلِّهَا ، وَلِهَذَا ^(٧) قُدِّرَ مَا قَوْفَهَا مِنْ شَيْءٍ جَائِزٍ فِي الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ ، وَلَا قِصَاصَ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ الْجَائِزَةُ أَرْضُهَا مَقْدَرٌ ، وَلَا ^(٨) قِصَاصَ فِيهَا ^(٩) .

فصل : وَلَا يُسْتَوْفَى الْقِصَاصُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ بِالسَّيْفِ ، وَلَا بِأَلَةٍ يُحْشَى مِنْهَا

(٤) سورة البقرة ١٩٤ .

(٥) في م : ١ أوجب .

(٦) في م : ١ بقدر .

(٧) في ب ، م زيادة : ما .

(٨) في م : ١ لا .

(٩) في م : ١ فيه .

الزيادة ، سواء كان الجرح بها أو غيرها ؛ لأنَّ القتل إنما يستوفى ^(١٠) بالسيف لأنه آتة ، وليس ثم ^(١١) شيء يُحشى التعدى إليه ، فيجب أن يستوفى ما دون النفس بآلته ^(١٢) ، ويتوفى ما يحشى منه الزيادة إلى محل لا يجوز استيفاءه ، ولأننا منعنا / القصاص بالكلية ^(١٣) فيما يحشى الزيادة في استيفائه . فلأنَّ تمنع الآلة التي يحشى منها ذلك أولى . فإن كان الجرح موضحاً أو ما أشبهها ، فالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك ، ولا يستوفى ذلك إلا من له علم بذلك ، كالجراحى ومن أشبهه ، فإن لم يكن للولى علم بذلك ، أمر بالاستئناية ، وإن كان له علم ، فقال القاضى : ظاهر كلام أحمد ، أنه يمكن منه ؛ لأنه أخذ نوعي القصاص ، فيمكن من استيفائه إذا كان يحسن ، كالقتل . ويحتمل أن لا يمكن من استيفائه بنفسه ، ولا يليه إلا نائب الإمام ، أو من يستتبه رلى الجناية . وهذا مذهب الشافعى ؛ لأنه لا يؤمن مع العداوة وقصد التشفى ^(١٤) أن يحيف ^(١٥) في الاستيفاء بما لا يمكن تلافيه ، وربما أفضى إلى النزاع والاختلاف ، بأن يدعى الجانى الزيادة وينكرها المستوفى .

فصل : وإذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها ، فإن كان على موضعها شعر خلقه ، ويعمد إلى موضع الشجة من رأس المشجوج ، فيعلم منه طولها بحشية أو خيط ، ويضعها على رأس الشاج ، ويعلم طريقه بخط بسواد أو غيره ، ويأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة ، فيضعها في أول الشجة ، ويجرها إلى آخرها ، ويأخذ ^(١٥) مثل الشجة طولاً وعرضاً ، ولا يراعى العمق ؛ لأنَّ حدة العظم ، ولو روعى العمق لتعذر الاستيفاء ؛ لأنَّ الناس يختلفون في قلة اللحم وكثرته ، وهذا كما يستوفى في الطرف

(١٠) في ب : يستوفى .

(١١) في م : ثم .

(١٢) لم نأده : يتولى .

(١٣) في ب : للكلية .

(١٤-١٥) في م : الحيف .

(١٥) سقط من م .

بمثله^(١٦) وإن اختلفا في الصَّغَرِ والكَبَرِ ، والدَّقَّةِ والغِلْظِ ، ويُراعى الطُولُ والعَرْضُ ؛ لأنه مُمَكِّنٌ ، فإن كان رأسُ الشَّاجِّ والمَشْجُوجِ سواءً ، اسْتَوْفَى قَدْرَ الشَّجَّةِ ، وإن كان رأسُ الشَّاجِّ أَصْغَرَ ، لكنه يَتَسَبَّعُ لِلشَّجَّةِ ، اسْتَوْفَيْتَ وإن^(١٧) اسْتَوْعَبَ^(١٨) رَأْسُ الشَّاجِّ كُلَّهُ وهي في^(١٩) بعضِ رَأْسِ المَشْجُوجِ ؛ لأنه اسْتَوْفَاهَا بِالمِسَاحَةِ ، ولا يَمْنَعُ الاسْتِيفَاءُ زِيَادَتَهَا عَلَى مِثْلِ مَوْضِعِهَا مِنْ رَأْسِ الجَانِي ؛ لأنَّ الجَمِيعَ رَأْسٌ^(٢٠) . وإن كان قَدْرُ الشَّجَّةِ يَزِيدُ عَلَى رَأْسِ الجَانِي ، فَإِنَّهُ يَسْتَوْفَى الشَّجَّةَ فِي^(٢١) جَمِيعِ رَأْسِ الشَّاجِّ ، ولا يَجُوزُ أَنْ يَنْزِلَ إِلَى جَنْبَيْهِ ؛ لأنه يَفْتَقِصُ فِي عَضْوٍ آخَرَ غَيْرِ العَضْوِ الذِي جَنَى عَلَيْهِ . وكذلك لا يَنْزِلُ إِلَى قَفَاهُ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ . ولا يَسْتَوْفَى بَقِيَّةَ الشَّجَّةِ فِي مَوْضِعٍ / آخَرَ مِنْ رَأْسِهِ ؛ لأنه يَكُونُ مُسْتَوْفِيًا لِمَوْضِعَتَيْنِ ، ووَاضِعًا لِلْحَدِيدَةِ فِي غَيْرِ المَوْضِعِ الذِي وَضَعَهَا فِيهِ الجَانِي . واخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي مَاذَا يَصْنَعُ ؟ فَذَكَرَ^(٢٢) الْقَاضِي أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِهِ إِلَى بَكْرِ ، أَنَّهُ لَا أَرْضَ لَهُ فِيمَا بَقِيَ ؛ كَيْلَا يَجْتَمِعَ قِصَاصٌ وَدِيَّةٌ فِي جُرْحٍ وَاحِدٍ . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . فَعَلَى هَذَا يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الاسْتِيفَاءِ فِي جَمِيعِ رَأْسِ الشَّاجِّ وَلَا أَرْضَ لَهُ ، وَبَيْنَ الْعَفْوِ إِلَى دِيَّةٍ مُوضِحَةٍ . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ ، وَبَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَهُ أَرْضٌ مَا بَقِيَ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الْقِصَاصُ فِيمَا جَنَى عَلَيْهِ ، فَكَانَ لَهُ أَرْضُهُ ، كَمَا لَوْ تَعَذَّرَ فِي الْجَمِيعِ . فَعَلَى هَذَا ، تُقَدَّرُ شَجَّةُ الجَانِي مِنَ الشَّجَّةِ فِي رَأْسِ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، وَيَسْتَوْفَى أَرْضُ الْبَاقِي ، فَإِنْ كَانَتْ بِقَدْرِ ثُلُثِهَا^(٢٣) فَلَهُ ثُلُثُ أَرْضِ مُوضِحَةٍ ، وَإِنْ زَادَتْ أَوْ نَقَصَتْ عَنْ هَذَا فَبِالْحِسَابِ مِنْ أَرْضِ المُوضِحَةِ . وَلَا يَجِبُ لَهُ أَرْضُ مُوضِحَةٍ كَامِلَةٍ ؛ لِأَنَّهُ يُفَضَّلُ إِلَى إِبْجَابِ الْقِصَاصِ وَدِيَّةٍ مُوضِحَةٍ فِي مُوضِحَةٍ وَاحِدَةٍ ، فَإِنْ أَوْضَحَهُ فِي جَمِيعِ رَأْسِهِ ، وَرَأْسُ

٣٧/٩

(١٦) في م : م : م : م .

(١٧) في م : م : م : م .

(١٨) في م : م : م : م : استوعب أن .

(١٩) سقط من : م .

(٢٠) في م : م : م : م : رأسه .

(٢١) في م : م : م : م : من .

(٢٢) في الأصل : قد ذكر .

(٢٣) في الأصل : ثلثها .

الجاني أكبر ، فِلْمَجْنِيَّ عليه أن يُوضِّحَ منه بقَدْرِ مِسَاحَةِ مُوضِحَتِهِ من أَى الطَّرْفَيْنِ شاء ؛ لَأَنَّهُ جَنَى عليه في ذلك المَوْضِيع كُلَّهُ ، وإذا اسْتَوْفَى قَدْرَ مُوضِحَتِهِ ، ثم تَجَاوَزَهَا ، واعتَرَفَ أَنَّهُ عَمَدَ ذلك ، فعليه القِصاصُ في ذلك القَدْرِ ، فإذا انْذَمَلَتْ مُوضِحَتُهُ ، اسْتَوْفَى منه القِصاصُ في مَوْضِعِ الاِئْتِمَالِ ؛ لَأَنَّهُ مَوْضِعُ الجِنَايَةِ ، وإن ادَّعَى الخطأ ، فالقولُ قولُهُ ؛ لَأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ ، وهو أَغْلَمُ بِقَصْدِهِ ، وعليه أَرْضُ مُوضِحَةٍ . فإن قِيلَ : فهذه المُوضِحَةُ كُلُّهَا لو كانت عُذْوَانًا لم يَجِبْ فيها إِلَّا دِيَّةُ مُوضِحَةٍ ، فكيف يَجِبُ في بعضها دِيَّةُ مُوضِحَةٍ ؟ قلنا : لَأَنَّ المُسْتَوْفَى ، لم يَكُنْ جِنَايَةً ، إِنَّمَا الجِنَايَةُ الرُّائِدُ ، والزائدُ لو انْفَرَدَ لَكَانَ مُوضِحَةً ، فكذلك إذا كان معه ما ليس بجِنَايَةٍ ، بخِلَافِ ما إذا كانت كُلُّهَا عُذْوَانًا ؛ فَإِنَّ الجَمِيعَ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ .

فصل : وإذا أَوْضَحَهُ في جميعِ رأسِهِ ، ورأسُ الجاني أكبر ، فَأَحَبُّ أَنْ يَسْتَوْفَى القِصاصَ بعضُهُ من مُقَدِّمِ الرُّأْسِ وبعضُهُ^(٢٤) من مُؤَخَّرِهِ ، احْتِمَلُ أَنْ يُنْتَعَمَ منه ؛ لَأَنَّهُ يَأْخُذُ مُوضِحَتَيْنِ بواحدةٍ ، وَدِيَّتَهُمَا مُخْتَلَفَةً ، واحْتِمَلُ الْجَوَازُ ؛ / لَأَنَّهُ لَا يُجَاوِزُ مَوْضِيعَ الجِنَايَةِ وَلَا قَدْرَهَا ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ أَهْلُ الخَبَرَةِ : إِنَّ في ذلك زِيَادَةً ضَرَرٍ أَوْ شَيْنٍ ، فلا يَفْعَلُ . ولأَصْحَابُ الشافِعِيِّ كَهَذَيْنِ . فإن كان رأسُ المَجْنُونِ عليه أكبر ، فَأَوْضَحَهُ الجاني في مُقَدِّمِهِ ومُؤَخَّرِهِ مُوضِحَتَيْنِ ، قَدَّرَهُمَا جميعُ رأسِ الجاني ، فله الخيارُ بين أن يُوَضِّحَهُ مُوضِحَةً وَاحِدَةً في جميعِ رأسِهِ ، أو يُوَضِّحَهُ مُوضِحَتَيْنِ ، يَنْقُصُ في كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا على^(٢٥) قَدْرِ مُوضِحَتِهِ ، ولا أَرْضَ لذلك ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لَأَنَّهُ تَرَكَ الاستِيفَاءَ مع إمكَانِهِ . وإن عَمَّا إلى الأَرْضِ ، فله أَرْضُ مُوضِحَتَيْنِ ، وإن شاء اقْتَصَصَ من إحداهما^(٢٦) ، وَأَخَذَ دِيَّةَ الأُخْرَى .

فصل : وإذا كانت الجِنَايَةُ في غيرِ الرُّأْسِ والوَجْهِ ، فكانت في سَاعِدٍ ، فَوَازَتْ على سَاعِدِ الجاني ، لم يَنْزِلْ إلى الكَفِّ ، ولم يَصْعَدْ إلى العَضِيدِ ، وإن كانت

(٢٤) في ب ، م ، هـ : أو بعضه .

(٢٥) في الأصل : هـ عن هـ .

(٢٦) في الأصل ، م : هـ أحدهما .

في السَّاقِ ، لم ينزل إلى القَدَمِ ، ولم يصعد إلى الفَخْدِ ؛ لأنه عُضْوٌ آخَرُ ، فلا يَقْتَصُّ منه ، كما لم ينزل من الرأس إلى الوجه ، ولم يصعد من الوجه إلى الرأس .

فصل : وإذا شُجَّ في مُقَدِّمِ رَأْسِهِ أو مُؤَخَّرِهِ عَرْضًا شَجَّةً لا يَتَسِعُ لها مثل ذلك المَوْضِعِ من رَأْسِ الشَّاجِّ ، فأراد أن يَسْتَوْفِيَ من وَسَطِ الرأسِ ، فيما بين الأذنين ، لَكُونِهِ يَتَسِعُ لمثل تلك المَوْضِيعَةِ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لا يجوز ؛ لأنه غيرُ المَوْضِعِ الذي شَجَّه فيه ^(٢٧) ، فلم يَجُزْ له الاستيفاءُ منه ، كما لو أَمَكَّنْهُ استيفاءُ حَقِّهِ من مَحَلِّ الشَّجَّةِ ^(٢٨) . واحْتَمَلَ أن يجوز ؛ لأنَّ الرأسَ عُضْوٌ واحدٌ ، فإذا لم يُمَكِّنْهُ استيفاءُ حَقِّهِ من مَحَلِّ الشَّجَّةِ ^(٢٩) ، جاز من غيره ، كما لو شَجَّه في مُقَدِّمِ رَأْسِهِ شَجَّةً قَدَرُهَا جَمِيعُ رَأْسِ الشَّاجِّ ، جاز إثمَامُ استيفائها في مُؤَخَّرِ رَأْسِ الجاني . وهذا منصوبُ الشافعي . وهكذا يُخْرَجُ فيما إذا كان الجُرْحُ في موضعٍ من السَّاقِ والقَدَمِ والذَّرَاعِ والعَضِدِ . وإن أَمَكَّنَ الاستيفاءُ من مَحَلِّ الجَنَائَةِ ، لم يَجُزِ العُدُولُ عنه ، وَجْهًا واحدًا .

١٤٤٢ - مسألة : قال : (وَكَذَلِكَ إِذَا قَطَعَ مِنْهُ طَرَفًا مِنْ مَفْصِلٍ ، قَطَعَ مِنْهُ مِثْلُ ذَلِكَ الْمَفْصِلِ ، إِذَا كَانَ الْجَانِي يُقَادُّ مِنَ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ لَوْ / قَتَلَهُ)

٣٨/٩

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ على جَرَيَانِ الْقِصَاصِ في الْأَطْرَافِ ، وقد ثَبَتَ ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ ^(١) . وبَحْثِ الرُّبُيعِ بِنْتِ النَّضْرِ بنِ أَنَسٍ ^(٢) ، وَيَشْتَرِطُ لَجْرِيَانِ الْقِصَاصِ فيها شَرْوَطَ خَمْسَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أن يكونَ عَمْدًا ، على ما أسلفناه . والثَّانِي ، أن يكونَ الْمَجْنُونُ

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) في م : ١ شجته .

(٢٩) في الأصل ، م : ١ شجته .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

(٢) تقدم في صفحة ٥٣١ .

عليه مكافئاً للجاني بحيث يُقَادُ به لو قَتَلَهُ . والثالث ، أن يكون الطَّرْفُ مُسَاوِياً^(٣) للطَّرْفِ ، فلا يُؤْخَذُ صَحِيحٌ بِأَثَلٍ ، ولا كَامِلَةُ الْأَصَابِعِ بِنَاقِصَةٍ ، ولا أَصْلِيَّةٌ بِزَائِدَةٍ ، ولا يُشْتَرَطُ التَّسَاوِي فِي الدَّقَّةِ وَالْغِلْظِ ، وَالصَّغَرُ وَالْكِبَرُ ، وَالصَّحَّةُ وَالْمَرَضُ ؛ لِأَنَّ عِتَابَ ذَلِكَ يُنْقَضِي إِلَى سَقُوطِ الْقِصَاصِ بِالْكُلِّيَّةِ . والرابع ، الاشتراكُ فِي الْأَسْمِ الْخَاصِّ ، فلا تُؤْخَذُ يَمِينٌ بِيَسَارٍ ، ولا يَسَارٌ بِيَمِينٍ ، ولا إصْبَعٌ بِمُخَالَفَةٍ لَهَا ، ولا جَفَنٌ أَوْ شَفَةٌ إِلَّا بِمِثْلِهَا . والخامس ، إمكانُ الِاسْتِيفَاءِ مِنْ غَيْرِ خَفِيفٍ ، وهو أن يكونَ الْقَطْعُ مِنْ مَفْصِلٍ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ مَفْصِلٍ فَلَا قِصَاصَ فِيهِ مِنْ مَوْضِعِ الْقَطْعِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَقَدْ رَوَى^(٤) يُعْمَرَانُ ابْنُ جَارِيَّةٍ^(٥) ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ رَجُلًا ضَرَبَ رَجُلًا عَلَى سَاعِدِهِ بِالسَّيْفِ ، فَقَطَعَهَا مِنْ غَيْرِ مَفْصِلٍ ، فَاسْتَعْدَى عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ ، فَأَمَرَ لَهُ بِالْذِّيَّةِ ، فَقَالَ^(٦) : إِنِّي أُرِيدُ الْقِصَاصَ . قَالَ : « تَخِذِ الذِّيَّةَ ، بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِيهَا » . وَلَمْ يَقْضَ لَهُ بِالْقِصَاصِ . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ^(٧) .

فصل : وفي قَطْعِ الْيَدِ ثَمَانِ مَسَائِلَ ؛ أَحَدُهَا ، قَطْعُ الْأَصَابِعِ مِنْ مَفَاصِلِهَا ، فَالْقِصَاصُ وَاجِبٌ ؛ لِأَنَّهَا مَفَاصِلُ ، وَيُمْكِنُ الْقِصَاصُ مِنْ غَيْرِ خَفِيفٍ ، وَإِنْ اخْتَارَ الذِّيَّةَ فَلَهُ نِصْفُهَا ؛ لِأَنَّ فِي كُلِّ إصْبَعٍ عَشْرَ الذِّيَّةِ . الثَّانِيَةِ ، قَطْعُهَا مِنْ نِصْفِ الْكَفِّ ، فَلَيْسَ لَهُ الْقِصَاصُ مِنْ مَوْضِعِ الْقَطْعِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَفْصِلٍ ، فَلَا يُؤْمَرُ الْخَفِيفُ فِيهِ . وَإِنْ أَرَادَ قَطْعَ الْأَصَابِعِ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهَا ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ يَفْتَضُّ مِنْ غَيْرِ مَوْضِعِ الْجَنَائَةِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْقَطْعُ مِنَ الْكُوعِ ، يُحَقِّقُهُ أَنْ امْتِنَاعَ قَطْعِ الْأَصَابِعِ / إِذَا قَطَعَ مِنَ الْكُوعِ ، إِنَّمَا كَانَ لَعَدَمِ الْمُقْتَضَى ، أَوْ وُجُودِ مَانِعٍ ، وَأَيُّهُمَا كَانَ فَهُوَ مُتَحَقِّقٌ إِذَا كَانَ الْقَطْعُ مِنْ نِصْفِ الْكَفِّ . وَالثَّانِي ، لَهُ قَطْعُ الْأَصَابِعِ . ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ دُونَ حَقِّهِ لَعَجْزِهِ عَنْ

٣٨/٩

(٣) فِي ب ، م : « مُتَسَاوِيَا » .

(٤ - ٥) فِي الْأَصْلِ ، ب : « عُمرَانُ بْنُ جَابِرٍ » . وَفِي م : « عُمرُ بْنُ جَابِرٍ » . وَالتَّصْحِيحُ مِنَ السَّنَنِ .

(٥) فِي م : « قَالَ » .

(٦) فِي : بَابُ مَا لَا قُوَّةَ فِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّهَانِ . سَمِعْتُ ابْنَ مَاجَهَ ٨٨٠/٢ .

استيفاء حقه ، فأشبهه ما لو شجّه هاشمة ، فاستوفى موضحة . ويفارق ما إذا قطع من الكوع ؛ لأنه أمكنه استيفاء حقه ، فلم يجوز له العدول إلى غيره . وهل له حكومة في نصف الكف ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، ليس له ذلك ؛ لأنه يجمع بين القصاص والأرض في عضو واحد ، فلم يجوز ، كما لو قطع من الكوع . والثاني ، له أن يشترط نصف الكف ؛ لأنه حق له تعذر استيفاءه ، فوجب أرضه ، كسائر ما هذا حاله . وإن اختار الدية ، فله نصفها ، لأن قطع اليد من الكوع لا يوجب أكثر من نصف الدية ، فما دونه أولى . الثالثة ، قطع من الكوع ، فله قطع يده من ^(٧) الكوع ، لأنه ^(٨) مفصل ، وليس له قطع الأصابع ؛ لأنه غير محل الجناية ^(٩) ، فلا يستوفى منه مع إمكان الاستيفاء من محلها . الرابعة ، قطع من نصف الذراع ، فليس له أن يقطع من ذلك الموضع ؛ لأنه ليس بمفصل ، وقد ذكرنا الخبر الوارد فيه ، وله نصف الدية ، وحكومة في المقطوع من الذراع . وهل له أن يقطع من الكوع ؟ فيه وجهان ، كما ذكرنا في من قطع من نصف الكف . ومن جاز له القطع من الكوع ، فعنده في وجوب الحكومة لما قطع من الذراع وجهان . ويخرج أيضا في جواز ^(١٠) قطع الأصابع وجهان . فإن قطع منها ، لم يكن له حكومة في الكف ؛ لأنه أمكنه أخذه قصاصا ، فلم يكن له طلب أرضه ، كما لو كانت الجناية من الكوع . الخامسة ، قطع من المرفق ، فله القصاص منه ؛ لأنه مفصل ، وليس له القطع من الكوع ؛ لأنه أمكنه استيفاء حقه بكامله ، والافتصاص من محل الجناية عليه ، فلم يجوز له العدول إلى غيره . وإن عفا إلى الدية ، فله دية اليد ، وحكومة للساعيد . السادسة ، قطعها من العضد ، فلا قصاص فيها ، في أحد الوجهين ، / وله دية اليد ، وحكومة للساعيد وبعض العضد . والثاني ، له القصاص من المرفق . وهل له حكومة في الزائد ؟ على وجهين . وهل له القطع من الكوع ؟ يحتل وجهين .

٣٩/٩

(٧) سقط من : م .

(٨) في الأصل : « لأن له » .

(٩) ب : « للجناية » .

(١٠) سقط من : ب .

السابعة ، قطع من المنكب ، فالواجب القصاص ، لأنه مفصل ، وإن اختار الدية ،
 فله دية اليد ، وحكومة لما زاد . الثامنة ، غلغ عظم المنكب ، ويقال له : مشط
 الكيف^(١١) ، فيرجع فيه إلى اثنين من ثقات أهل الخبرة ، فإن قالوا : يمكن الاستيفاء من
 غير أن تصير جائفة^(١٢) . استوفى ، ولأصار الأمر إلى الدية . وفي جواز الاستيفاء من
 المرفق أو ما دونه مثل ما ذكرنا في نظائره . ومثل هذه المسائل في الرجل ، فالساق^(١٣)
 كالذراع ، والفخذ كالعضد ، والورك كعظم الكيف ، والقدم كالكف .

١٤٤٣ - مسألة : قال (ولَيْسَ فِي الْمَأْمُومَةِ ، وَلَا فِي الْجَائِفَةِ قِصَاصٌ)

المأمومة : شجاج الرأس ، وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ ، وتسمى تلك الجلد
 أم الدماغ ؛ لأنها تجمعها ، فالشجة الواصلة إليها تسمى مأمومة وآمة ، لوصلها إلى أم
 الدماغ^(١) . والجائفة في البدن ، وهي التي تصل إلى الجوف . وليس فيهما^(٢) قصاص
 عند أحد من أهل العلم نعلمه ، إلا ما روي عن ابن الزبير أنه قص^(٣) من المأمومة ، فأنكر
 الناس عليه ، وقالوا : ما سمعنا أحدا قص^(٤) منها قبل ابن الزبير^(٥) . ومن لم ير في ذلك
 قصاصا مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروي عن علي ، رضي الله عنه : لا
 قصاص في المأمومة^(٦) . وقاله مكحول ، والزهري ، والشعبي . وقال عطاء ،

(١) في م : الكف . خطأ .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في م : والساق .

(١) في ب زيادة : لأنها تجمعها كالشجة الواصلة . وهو تكرار لما سبق .

(٢) في ب ، م : فيها .

(٣) في ب : القص .

(٤) في الأصل : أقص .

(٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب ما لا يستفاد ، من كتاب العقول . المصنف ٤٥٩/٩ . وابن أبي شيبة ، في : باب
 من قال : لا يقاد من جائفة ولا مأمومة ولا منقلة ، من كتاب الديات . المصنف ٢٥٧/٩ .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب من قال : لا يقاد من جائفة ولا مأمومة ولا منقلة ، من كتاب الديات . المصنف
 ٢٥٥/٩ .

والتَّحْمِي: لا قِصَاصَ فِي الْجَائِفَةِ. وَرَوَى ابْنُ مَاجَهَ، فِي «سُنَنِهِ»^(٧)، عَنِ الْعَبَّاسِيِّ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، أَنَّهُ قَالَ: «لَا قَوْدُ فِي الْمَأْمُومَةِ، وَلَا فِي الْجَائِفَةِ، وَلَا فِي الْمُتَقَلِّةِ»^(٨). وَلَا تَهْمَا جُرْحَانِ لَا تُؤْمِنُ الزِّيَادَةُ فِيهِمَا، فَلَمْ يَجِبْ فِيهِمَا^(٩) قِصَاصٌ، كَكَسْرِ الْعِظَامِ.

فصل: وليس في شيء من شجاج الرأسِ قِصَاصٌ سِوَى الْمُوضِحَةِ، سواء^(١٠) في ذلك ما دون الْمُوضِحَةِ، كَالْحَارِصَةِ، وَالبَّازِلَةِ، وَالبَاضِعَةِ، وَالمُتَلَاخِمَةِ، وَالسَّمْحَاقِ، وَمَا فَوْقَهَا، وَهِيَ الْهَاشِمَةُ وَالمُتَقَلِّةُ وَالأَمَةُ^(١١). / وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ. فَأَمَّا مَا فَوْقَ الْمُوضِحَةِ، فَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا أَوْجَبَ فِيهَا الْقِصَاصَ، إِلَّا مَا رَوَى عَنْ ابْنِ الزُّبَيْرِ، أَنَّهُ أَقَادَ مِنَ الْمُتَقَلِّةِ، وَلَيْسَ بِشَايَةٍ عَنْهُ. وَمَنْ قَالَ بِهِ: عَطَاءٌ، وَقَتَادَةُ، وَابْنُ شَبْرَمَةَ، وَمَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ. قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ: لَا أَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَ ذَلِكَ. وَلَا تَهْمَا جِرَاحَتَانِ لَا تُؤْمِنُ الزِّيَادَةُ فِيهِمَا، أَشَبَّهَا الْمَأْمُومَةُ وَالجَائِفَةُ. وَأَمَّا مَا دُونَ الْمُوضِحَةِ، فَقَدْ رَوَى عَنْ مَالِكٍ وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ، أَنَّ الْقِصَاصَ يَجِبُ فِي الدَّامِيَةِ وَالبَاضِعَةِ وَالسَّمْحَاقِ. وَلَنَا، أَنَّهُمَا جِرَاحَةٌ لَا تُنْتَهِي إِلَى عَظْمٍ، فَلَمْ يَجِبْ فِيهَا قِصَاصٌ، كَالْمَأْمُومَةِ، وَلَئِنْ لَا يُؤْمِنُ فِيهَا الزِّيَادَةُ، فَأَشَبَّهَ كَسْرَ الْعِظَامِ، وَبَيَّنَّ ذَلِكَ، أَنَّهُ إِنْ أَقْصَى مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرٍ، أَفْضَى إِلَى أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرُ مِنْ حَقِّهِ، وَإِنْ اُعْتَبِرَ مِقْدَارُ الْعُمُقِ، أَفْضَى إِلَى أَنْ يَفْتَقَرَ مِنَ الْبَاضِعَةِ وَالسَّمْحَاقِ مُوضِحَةٌ، وَمِنَ الْبَاضِعَةِ سِمْحَاقًا؛ لَأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَحْمُ الْمَشْجُوجِ كَثِيرًا، بِحَيْثُ يَكُونُ عُمُقُ بَاضِعَتِهِ^(١٢) كَعُمُقِ مُوضِحَةِ الشَّجَّاجِ^(١٣)، أَوْ سِمْحَاقِهِ، وَلَا نَنَالُ لَمْ نَعْتَبِرْ فِي الْمُوضِحَةِ قَدْرَ عُمُقِهَا، فَكَذَلِكَ فِي غَيْرِهَا. وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ، وَأَبُو عُبَيْدٍ.

(٧) في: باب ما لا قود فيه. من كتاب الديات. سنن ابن ماجه ٨٨١/٢.

(٨) لروى: المتقلة.

(٩) في م: فيها.

(١٠) في م: سواء.

(١١) يأتي تعريف ذلك كله في باب ديات الجراح.

(١٢-١٣) في الأصل، أ، ب: كمعق موضحة كموضحة الشجاج. وفي م: كموضحة الشجاج. ولعل الصواب ما اقتضاه.

فصل : وإن كانت الشَّجَّةُ فوقَ المَوْضِحَةِ ، فَأَحَبُّ أَنْ يَفْتَصَّرَ مَوْضِحَةٌ ، جاز ذلك ^(١٣) بغيرِ خلافٍ بين أصحابنا . وهو مذهبُ الشافعي ؛ لأنه يَفْتَصِّرُ ^(١٤) على بعض حَقِّهِ ^(١٥) ، وَيَفْتَصِّرُ مِنْ مَحَلِّ جِنَاتِهِ ، فإنه إنما يَضَعُ السَّكِينَ فِي مَوْضِعٍ وَضَعَهَا الْجَانِي ؛ لِأَنَّ سَكِينَ الْجَانِي وَصَلَتْ إِلَى الْعَظْمِ ، ثُمَّ تَجَاوَزَتْهُ ، بِخِلَافِ قَاطِعِ السَّاعِدِ ، فإنه لم يَضَعْ سَكِينَهُ فِي الْكُوعِ . وهل له أَرَشٌ مازاد على المَوْضِحَةِ ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، ليس له ذلك . وهو اختيارُ أبي بكرٍ ؛ لأنه جَرَّحَ وَاحِدٌ ، فَلَا يُجَمَّعُ فِيهِ بَيْنَ قِصَاصٍ وَذِيَّةٍ ، كَالوِ قَطَعَ الشَّلَاءَ بِالصَّحِيحَةِ ، وَكَأَنَّ فِي الْأَنْفُسِ إِذَا قُتِلَ الْكَافِرُ الْمُسْلِمُ ، وَالْعَبْدُ بِالْحُرِّ . والثاني ، له أَرَشٌ مازاد على المَوْضِحَةِ ، اختاره ابنُ حامِدٍ ، وهو مذهبُ الشافعي ؛ لأنه تَعَدَّرَ الْقِصَاصُ فِيهِ ، فَانْقَلَبَ إِلَى الْبَدَلِ ، كَالوِ قَطَعَ إصْبَعَهُ وَلَمْ يُمَكِّنِ الْاسْتِيفَاءَ إِلَّا مِنْ وَاحِدَةٍ . وَفَارَقَ الشَّلَاءَ بِالصَّحِيحَةِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَمُّ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى ، وَلَيْسَتْ / مُتَمَيِّزَةً ، بِخِلَافِ مَسَائِلِنَا .

١٤٤٤ - مسألة ؛ قال : (وَنُقَطِّعُ الْأُذُنَ بِالْأُذُنِ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الْأُذُنَ تُؤْخَذُ بِالْأُذُنِ ، وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ ﴾ ^(١) . وَلِأَنَّهَا تَنْتَهِي إِلَى حَدٍّ فَاصِلٍ ، فَأَشَبَّهَتْ الْيَدَ . وَتُؤْخَذُ الْكَبِيرَةُ بِالصَّغِيرَةِ ، وَتُؤْخَذُ أُذُنُ السَّمِيعِ بِأُذُنِ السَّمِيعِ " (وَأُذُنُ الْأَصَمِّ) " ، وَتُؤْخَذُ أُذُنُ الْأَصَمِّ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ؛ لِتَسَاوِيهِمَا ، فَإِنَّ ذَهَابَ السَّمْعِ نَقَصٌ فِي الرَّأْسِ ، لِأَنَّهُ مَحَلُّهُ ، وَلَيْسَ بِنَقْصٍ فِيهِمَا . وَتُؤْخَذُ الصَّحِيحَةُ بِالْمَثْقُوبَةِ ؛ لِأَنَّ الثَّقْبَ لَيْسَ بِمَيِّبٍ ، وَإِنَّمَا يُفْعَلُ فِي الْعَادَةِ لِلْقَرْطِ وَالتَّزْيِينِ بِهِ ، فَإِنْ كَانَ الثَّقْبُ فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ ، أَوْ كَانَتْ مَحْرُومَةً ، أُخِذَتْ

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) في ب : مقتصر . و في م : يقتصر .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

(٢-٣) سقط من : م .

بالصَّحِيحَةِ ، ولم تُؤْخَذِ الصَّحِيحَةُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الثَّقَبَ إِذَا الْخَرَمَ صَارَ نَقْصًا فِيهَا ، وَالثَّقَبُ فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ غَيْبٌ ، وَيُخَيَّرُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بَيْنَ اتِّخَاذِ الدَّيَّةِ إِلَّا قَدَّرَ النِّقْصَ ، وَبَيْنَ أَنْ يَقْتَصِرَ فِيمَا سِوَى التَّوْبِ وَيَتْرَكَهُ مِنْ أَذْنِ الْجَانِي . وَفِي وُجُوبِ الْحُكْمَةِ لَهُ فِي قَدْرِ النِّقْصِ ^(٣) وَجْهَانِ . وَإِنْ قَطَعْتَ بَعْضُ أَذُنِهِ ، فَلَهُ أَنْ يَقْتَصِرَ مِنْ أَذْنِ الْجَانِي ^(٤) بِقَلْبِهِ مَا قُطِعَ مِنْ أَذُنِهِ ، وَيُقَدَّرُ ^(٥) ذَلِكَ بِالْأَجْزَاءِ ، فَيُؤْخَذُ النِّصْفُ بِالنِّصْفِ ، وَالثَّلْثُ بِالثَّلْثِ ، وَعَلَى حِسَابِ ذَلِكَ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لَا يُجْزَى الْقِصَاصُ فِي الْبَعْضِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْتَهِي إِلَى حَدٍّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يُمَكِّنُ تَقْدِيرَ الْمَقْطُوعِ ، وَلَيْسَ فِيهَا كَسْرٌ عَظِيمٌ ، فَجَرَى الْقِصَاصُ فِي بَعْضِهَا ^(٦) ، كَالذِّكْرِ ، وَهَذَا يَنْتَقِضُ مَا ذَكَرَهُ ^(٧) .

فصل : وَتُؤْخَذُ الْأُذُنُ الْمُسْتَحْشَفَةُ ^(٨) بِالصَّحِيحَةِ . وَهَلْ تُؤْخَذُ الصَّحِيحَةُ بِهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تُؤْخَذُ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا نَاقِصَةٌ مَعِيَّةٌ ، فَلَمْ تُؤْخَذْ بِهَا الصَّحِيحَةُ ، كَالْيَدِ الشَّلَاءِ وَسَائِرِ الْأَعْضَاءِ . وَالثَّانِي ، تُؤْخَذُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا ^(٩) جَمْعُ الصَّوْتِ ، وَحِفْظُ مَحَلِّ السَّمْعِ ، وَالْجَمَالِ ، وَهَذَا يَنْحَصِلُ بِهَا كَحُصُولِهِ بِالصَّحِيحَةِ ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْأَعْضَاءِ .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ أَذُنُهُ فَأَبَانَهَا ، فَالْمَصَنَّفُ صَاحِبُهَا فَالْتَصَقَتْ وَتَبَيَّنَتْ ، فَقَالَ الْقَاضِي : يَجِبُ الْقِصَاصُ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ بِالْإِبَانَةِ ، وَقَدْ وَجَدَتْ الْإِبَانَةُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا قِصَاصَ فِيهَا . وَهُوَ قَوْلُ / مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَبْنِ عَلَى الدَّوْلِمِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ إِبَانَةُ أَذْنِ الْجَانِي دَوَامًا . وَإِنْ سَقَطَتْ بَعْدَ ذَلِكَ قَرِيبًا أَوْ بَعِيدًا ، فَلَهُ الْقِصَاصُ ، وَبُرْدٌ مَا أَخَذَ . وَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، إِذَا لَمْ تُسْقَطْ : لَهُ دِيَّةٌ

ط ٤٠/٩

(٣) ل م : د الثقب .

(٤) (٤-٤) سقط من : م .

(٥) ق م : د وتقدير .

(٦) في الأصل : د بعض .

(٧) في الأصل ، م : د ذكره .

(٨) استحشفت الأذن : مست وتقلصت .

(٩) سقط من : الأصل .

الأذن . وهو قول أصحاب الرأي . وكذلك قول الأولين إذا اختار الذئبة . وقال مالك : لا عقل لها إذا عادت مكانها ، فأما إن قطع بعض أذنه فالتصق ، فله أرض الجرج ، ولا قصاص فيه . وإن قطع أذن إنسان ، فاستوفى منه ، فالتصق الجاني أذنه فالتصقت ، وطلب المجني عليه إبانته ، لم يكن له ذلك ؛ لأن الإبانة قد حصلت ، والقصاص قد استوفى ، فلم يبق له قبله حق . فأما إن كان المجني عليه لم يقطع جميع الأذن ، إنما قطع بعضها فالتصق ، كان للمجني عليه قطع جميعها ؛ لأنه استحق إبانة جميعها ، ولم يكن^(١٠) إبانة . والحكم في السن كالحكم في الأذن .

فضل : ومن التصق أذنه بعد إبانته ، أو سنه ، فهل تلزمه إبانته ؟ فيه وجهان ، منيئين على الروايتين ، فيما بان من الآدمي ، هل هو نجس أو طاهر ؟ إن قلنا : هو نجس . لزمته إزالتها ،^(١١) ما لم يخف الضرر بإزالتها ، كإلو جبر عظمه بعظم نجس . وإن قلنا بطهارتها . لم تلزمه إزالتها^(١٢) . وهذا اختيار أبي بكر ، وقول عطاء بن أبي رباح ، وعطاء الخراساني ، وهو الصحيح ؛ لأنه جزء آدمي طاهر في حياته وموته ، فكان طاهراً كحالة اتصاله ، فأما إن قطع بعض أذنه فالتصقت^(١٣) ، لم تلزمه إبانته ؛ لأنها طاهرة على الروايتين جميعاً ، لأنها لم تصير ميتة ، لعدم إبانته . ولا قصاص فيها . قاله القاضي . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه لا يمكن المماثلة في المقطوع منها .

١٤٤٥ - مسألة : قال (والألف بالأنف)

وأجمعوا على جريان القصاص في الأنف أيضاً ؛ للآية والمعنى . ويؤخذ الكبير بالصغير ، والألفي^(١) بالأفطس ، وألف الأسم بالأنف الأنحس الذي لا يشم ؛ لأن ذلك لعلية في الدماغ والألف صحيح . كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم . وإن كان

(١٠) ب نهاية : د له .

(١١-١٢) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٢) ق م : د فالتصق .

(١) القنا في الأنف : ارتفاع أعلاه وإحدى دباب وسطه وسبوغ طرفه أو تنوء وسط القصة وضيق المخبرين .

بأنفه جَذَامٌ ، أَخَذَ بِهِ الْأُثْفُ الصَّحِيحُ ، مَا لَمْ يَسْقُطْ مِنْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَرَضٌ ، فَإِنْ سَقَطَ مِنْهُ شَيْءٌ ، لَمْ يَقْطَعْ بِهِ الصَّحِيحُ ، / إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ أَحَدِ جَانِبَيْهِ . فَيَأْخُذُ مِنَ الصَّحِيحِ مِثْلَ مَا بَقِيَ مِنْهُ ، أَوْ يَأْخُذُ أَرْضَ ذَلِكَ . وَالَّذِي يَجِبُ فِيهِ الْقِصَاصُ أَوِ الدِّيَةُ هُوَ الْمَارِنُ ، وَهُوَ مَا لَانَ مِنْهُ ، دُونَ قَصْبَةِ الْأُثْفِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَدٌّ يَنْتَهِي إِلَيْهِ ، فَهُوَ كَالْيَدِ ، يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهَا تَنْهَى إِلَى الْكُوعِ . وَإِنْ قَطَعَ الْأُثْفُ كُلَّهُ مَعَ الْقَصْبَةِ ، فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ فِي الْمَارِنِ ، وَحُكُومَةُ لِلْقَصْبَةِ . هَذَا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ مَعَ الْقِصَاصِ حُكُومَةٌ ؛ كَيْلَا يَجْتَمِعَ ^(١) فِي عُضْوٍ وَاحِدٍ قِصَاصٌ وَدِيَةٌ . وَقِيَاسُ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ هُنَا ؛ لِأَنَّهُ يَضَعُ الْحَدِيدَةَ فِي غَيْرِ الْمَوْضِعِ الَّذِي وَضَعَهَا الْجَانِي فِيهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ، كَقَوْلِهِ فِي مَنْ قَطَعَ يَدَهُ مِنْ نِصْفِ الذَّرَاعِ أَوْ الْكَفِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي هُنَا بِقَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، وَفِي نَظَائِرِهِ مِثْلَ قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ ، وَلَا يَصِحُّ التَّفْرِيقُ مَعَ التَّسَاوِي . وَإِنْ قَطَعَ بَعْضُ الْأُثْفِ ، قُدِّرَ بِالْأَجْزَاءِ ، وَأَخَذَ مِنْهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ ، كَقَوْلِنَا فِي الْأُذُنِ ، وَلَا يُؤْخَذُ بِالمَسَاحَةِ ، لَكُلًّا يُفْضَى إِلَى قَطْعِ جَمِيعِ أُثْفِ الْجَانِي لَصِغَرِهِ بِبَعْضِ أُثْفِ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ لِكِبَرِهِ ، وَيُؤْخَذُ الْمَنْخَرُ الْأَيْمَنُ بِالْأَيْمَنِ ، وَالْأَيْسَرُ بِالْأَيْسَرِ ، وَلَا يُؤْخَذُ الْأَيْمَنُ بِالْأَيْسَرِ ، وَلَا الْأَيْسَرُ بِالْأَيْمَنِ ، وَيُؤْخَذُ الْحَاجِزُ بِالْحَاجِزِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْقِصَاصُ فِيهِ ، لِإِنْتِهَائِهِ إِلَى حَدٍّ .

١٤٤٦ - مسألة ؛ قال : (وَالذَّكْرُ بِالذَّكْرِ)

لَا نَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا فِي أَنَّ الْقِصَاصَ يَجْرِي فِي الذَّكْرِ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ ^(١) . وَلِأَنَّ لَهُ حَدًّا يَنْتَهِي إِلَيْهِ ، وَيُمَكِّنُ الْقِصَاصُ فِيهِ مَنْ غَيْرِ خَفِيفٍ ، فَوَجَبَ فِيهِ الْقِصَاصُ ، كَالْأُثْفِ . وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ ذَكَرُ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ ،

(٢) فِي الْأَصْلِ ، نَبْ : يَجْمَعُ .

(٣) فِي رِبِّ نِزَادَةٍ : يَبِينُ .

(١) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٤٥ .

والشيخ والشاب ، والدُّكْر الكبير والصغير ، والصحيح والمريض ؛ لأنَّ ما وَجَبَ فيه القِصاصُ من الأطراف لم يَحْتَلَفْ بهذه المعاني ، كذلك الذكر . ويُؤخَذُ كُلُّ واحدٍ من المَحْتَوَيْنِ والأَغْلَفِ بصاحبه ؛ لأنَّ العُلْفَةَ زيادةٌ تُستَحَقُّ لإزالتها ، فهي كالمَعْدُومَةِ . وأما ذَكَرُ الحَصِيِّ والعَيْنِ ، فَذَكَرُ الشَّرِيفِ أَنْ غَيْرَهُمَا لَا يُؤخَذُ بهما . وهو قول مالِكٍ ؛ لأنَّه لَا مَنَفْعَةَ فِيهِمَا ، لأنَّ العَيْنَ لَا يَطَأُ وَلَا يَنْزِلُ ، والحَصِيَّ لَا يُولَدُ لَهُ وَلَا يَنْزِلُ ، وَلَا يَكَاذُ / ٤١/٩ ط
يَقْدِرُ عَلَى الوَطْءِ ، فهُمَا كالأشْثَلِ ، ولأنَّ كُلَّ واحدٍ مِنْهُمَا ناقِصٌ ، فلا يُؤخَذُ به الكَامِلُ ، كالْيَدِ الناقِصَةِ بالكاملة . وقال أبو الحُطَّابِ : يُؤخَذُ غَيْرُهُمَا بهما ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ . وهو مذهبُ الشافعي ؛ لأنَّهُمَا عُضْوَانِ صحيحان ، يَنْقُضَانِ^(١) وَيَنْهِيَانِ ، فَيُؤخَذُ بهما غَيْرُهُمَا ، كَذَكَرِ الفَحْلِ غَيْرِ العَيْنِ ، وَإِنَّمَا عَدَمُ الإِنْزَالِ لذهَابِ الحُصْيَةِ ، والعُنَّةُ لِعِلَّةٍ فِي الظَّهْرِ ، فلم يَمْنَعْ ذَلِكَ^(٢) مِنَ القِصاصِ بهما ، كأَذَنِ الأَصَمِّ وَأُفٍّ الأَنْحَشِمِ . وقال القاضي : لَا يُؤخَذُ ذَكَرُ الفَحْلِ بالحَصِيِّ ، لِتَحَقُّقِ نَقْصِهِ ، والإِيَّاسِ مِنْ بَرِّهِ . وفي أَخِيذِهِ بَذَكَرِ العَيْنِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُؤخَذُ بِهِ غَيْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَا يُؤسَّ مِنْ زَوَالِ عُنْتِهِ ، وَلِذَلِكَ يُؤْجَلُ سَنَةً ، بِخِلَافِ الحَصِيِّ^(٣) . والصحيحُ الأوَّلُ ؛ «فإنَّه إِذَا» تَرَدَّدَتْ الحَالُ بَيْنَ كَوْنِهِ مُساوِيًا لِلآخَرِ وَعَدَمِهِ ، لم يَجِبِ القِصاصُ ، لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُهُ ، فلا يَجِبُ بالشُّكِّ ، سِيَّما وقد حَكَمْنَا بِإِتِّفَاقِ التَّساوَى ، لِقِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَى عُنْتِهِ ، وَثُبُوتِ غَيْبِهِ . وَيُؤخَذُ كُلُّ واحدٍ مِنَ الحَصِيِّ والعَيْنِ بِمِثْلِهِ ؛ لِتَسَاوِيِهِمَا ، كما يُؤخَذُ العَبْدُ بِالْعَبِيدِ ، وَالذَّمِيُّ بِالذَّمِيِّ .

فصل : وَيُؤخَذُ بَعْضُهُ بِبَعْضِهِ^(٤) ، وَيُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِالْأَجْزَاءِ دُونَ المِساخَةِ ، فَيُؤخَذُ

(٢) في م : ينقضان .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل ، ب : المصا .

(٥-٥) في م : فإذا .

(٦) في ب : ببعض .

النَّصْفُ بِالنَّصْفِ ، والرُّبْعُ بِالرُّبْعِ ، وما زاد أو نقصَ فبحساب^(٧) ذلك ، على ما ذكرناه في الألف والأذن .

١٤٤٧ - مسألة ؛ قال : (والألفان بالألفين)

ويجري القصاصُ في الألفين ؛ لما ذكرنا من النص والمعنى . ولا^(٨) نعلم فيه خلافاً ، فإن قطع أحدهما ، وقال أهل الخبرة ، إنه ممكن أخذها مع سلامة الأخرى . جاز . فإن قالوا : لا يؤمن تَلَفُ الأخرى . لم تؤخذ خشية الخيف ، ويكون فيها نصف الدية . وإن أُمِن تَلَفُ الأخرى ، أُحْدِثَ اليمينُ باليمينِ ، واليسرى باليسرى ؛ لما ذكرناه في غيرهما .

فصل : وفي القصاصي في شَفَرِي المرأة وَجْهَانِ ؛ أحدهما^(٩) ، لا قصاصَ فيهما ؛ لأنه لحمٌ لا مفصلٌ له ينتهي إليه ، فلم يجب فيه قصاصٌ ، كلحم الفخذين . هذا قول القاضي . والثاني ، فيهما / القصاصُ ؛ لأنَّ انتهاءَهُما معروفٌ ، فأشبهها الشفتين وجفني العينين^(١٠) . وهذا قول أبي الخطاب . ولأصحاب الشافعي وَجْهَانِ ، كهذين .

و ٤٢/٩

فصل : إن قطع ذكرٌ تحتى مُشْكِلٍ ، أو أُنْثَى ، أو شَفَرَتِهِ ، فاختار القصاصُ ، لم يكن له قصاصٌ في الحالِ ، ويقف الأمرُ حتى يتبين حاله ؛ لأننا لا نعلم أن المقطوعَ عُضْوٌ أصليٌّ . وإن اختار الديةَ ، وكان يرعى الكشف حاله ، أعطياه اليقين ، فيكون له حكومة في المقطوع . وإن كان قد قطعَ جميعها ، فله دية امرأة في الشفرين ، وحكومة في الذكر والأنتين . وإن يُسَ من الكشف حاله ، أعطى نصف دية الذكر والأنتين ، ونصف دية الشفرين ، وحكومة في نصف ذلك كله .

(٧) في م : فبحسب .

(٨) سقطت الواو من : م .

(٩) في م : وأحدهما .

(١٠) في م : العين .

فصل : يجب القصاصُ في الأليتين النابتتين بين الفخذين والظهر بجائبي الذئير . وهذا ظاهرُ مذهب الشافعي . وقال المزني : لا قصاصُ فيهما ؛ لأنهما لحمٌ متصِلٌ بلحمٍ ، فأشبهه لحمُ الفخذ . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ ^(١) . ولأنَّهما حدًّا ينتهيان إليه ، فجرى القصاصُ فيهما ، كالذَّكْرِ والأُتُنَيْنِ .

١٤٤٨ - مسألة ؛ قال : (وثَقُلَ الْعَيْنُ بِالْعَيْنِ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى الْقِصَاصِ فِي الْعَيْنِ ، وَمَنْ بَلَّغَنَا قَوْلَهُ فِي ذَلِكَ مَسْرُوقٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحِيصِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ ﴾ ^(٢) . وَلَأَنَّهُاتُنْتَهِي إِلَى مَفْصِلٍ ، فَجَرَى الْقِصَاصُ فِيهَا كَالْيَدِ . وَتَوَخَّذَ عَيْنُ الشَّابِّ بَعَيْنَ الشَّيْخِ ^(٣) الْمَرِيضَةِ ، وَعَيْنُ الْكَبِيرِ بَعَيْنَ الصَّغِيرِ وَالْأَعْمَشِ ، وَلَا تُتَوَخَّذُ صَحِيحَةٌ بِقَائِمَةٍ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ .

فصل : إِنْ قَلَعَ عَيْنَهُ بِأَصْبَعِهِ ، لَمْ يَجْزَ أَنْ يَقْتَصَّ بِأَصْبَعِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْمُمَاتِلَةَ فِيهِ . وَإِنْ لَطَمَهُ فَذَهَبَ ضَوْءُ عَيْنِهِ ، لَمْ يَجْزَ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْهُ ^(٤) بِاللُّطْمَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُمَاتِلَةَ فِيهَا غَيْرُ مُمَكِّنَةٍ ، وَلِهَذَا لَوْ انْفَرَدَتْ مِنْ إِذْهَابِ الضَّوِّ ، لَمْ يَجِبْ فِيهَا قِصَاصٌ ، وَيَجِبُ الْقِصَاصُ / فِي الْبَصَرِ ^(٥) ، فَيُعَالَجُ بِمَا يَذْهَبُ بِبَصَرِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقْلَعَ عَيْنَهُ ، كَمَا رَوَى يَحْيَى ابْنُ جَعْفَرٍ ، أَنَّ أَغْرَابِيًّا قَدِمَ بِحُلُوبَةٍ ^(٦) لَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ ، فَسَاوَمَهُ فِيهَا مُوَلَّى لِعِثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَنَارَعهَ ، فَلَطَمَهُ ، فَقَقَأَ عَيْنَهُ ، فَقَالَ لَهُ عِثْمَانُ : هَلْ لَكَ أَنْ

(١) سورة المائدة : ٤٥ .

(٢) سورة المائدة : ٤٥ .

(٣) في م : : الكبير .

(٤) سقط من : ب .

(٥) في ب : : البصر .

(٥) في الأصل : : بمحكمة .

أَضَعَفَ لِكَ الدِّيَّةَ ، وَتَغَوَّ عَنْهُ ؟ فَأَبَى ، فَرَفَعَهُمَا إِلَى عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَدَعَا عَلِيٌّ
بِإِمرَأَةٍ فَأَحْمَاهَا ، ثُمَّ وَضَعَ الْقَطْنَ عَلَى عَيْنِهِ الْأُخْرَى ، ثُمَّ أَخَذَ الْمِرْأَةَ بِكِلَيْتَيْنِ ، فَأَذْنَاهُمَا مِنْ
عَيْنِهِ حَتَّى سَالَ إِنْسَانٌ عَيْنَهُ . وَإِنْ وَضَعَ فِيهَا كَافُورًا يَذْهَبُ بِضَوُّهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَجْنِي عَلَى
الْحَدَقَةِ ، جَاز . وَإِنْ لَمْ يُحْكَنْ إِلَّا بِالْجِنَايَةِ عَلَى الْعُضْوِ ، سَقَطَ الْقِصَاصُ ؛ لِتَعَدُّرِ
الْمُمَاطِلَةِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَقْتَصُّ مِنْهُ بِاللُّطْمَةِ ، فَيُلْطِمُهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ مِثْلَ لَطْمَتِهِ ،
فَإِنْ ذَهَبَ ضَوْؤُ عَيْنِهِ ، وَإِلَّا كَانَ لَهُ أَنْ يُذْهِبَهُ بِمَا ذَكَرْنَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَهَذَا لَا
يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ اللَّطْمَةَ لَا يَقْتَصُّ مِنْهَا مُنْفَرِدَةً ، فَلَا يَقْتَصُّ مِنْهَا إِذَا سَرَتْ إِلَى الْعَيْنِ ، كَالشَّجَةِ
إِذَا ^(٦) كَانَتْ دُونَ الْمُوضِحَةِ ، وَلِأَنَّ اللَّطْمَةَ إِذَا لَمْ تَكُنْ فِي الْعَيْنِ ، لَا يَقْتَصُّ مِنْهَا بِمِثْلِهَا مَعَ
الْأَمْنِ مِنْ إِفْسَادِ الْعُضْوِ ، فَفِي ^(٧) الْعَيْنِ مَعَ ^(٨) خَوْفِ ذَلِكَ أَوْلَى ، وَلِأَنَّهُ قِصَاصٌ فِيمَا دُونَ
النَّفْسِ ، فَلَمْ يَجُزْ بِغَيْرِ آلَةٍ الْمُعَدَّةِ لَهُ ^(٩) ، كَالْمُوضِحَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا ^(١٠) يَجِبُ
الْقِصَاصُ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ اللَّطْمَةُ تَذْهَبُ بِذَلِكَ غَالِبًا ، فَإِنْ كَانَتْ لَا تَذْهَبُ بِهِ غَالِبًا
فَذَهَبَ ، فَهُوَ شَبِيهُ عَمْدٍ لَا قِصَاصَ فِيهِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ فَعُلَ لَا يُفْضَى إِلَى
الْقَوَاتِ غَالِبًا ، فَلَمْ يَجِبْ بِهِ الْقِصَاصُ ، كَشَبِيهِ الْعَمْدِ فِي النَّفْسِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَجِبُ
الْقِصَاصُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ : ﴿ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ ﴾ . وَلِأَنَّ اللَّطْمَةَ إِذَا أَسَالَتْ
إِنْسَانَ الْعَيْنِ ، كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ الْجُرْحِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِي الْجُرْحِ الْإِفْضَاءُ إِلَى التَّلْفِ غَالِبًا .

فصل : فَإِنْ ^(١١) لَطَمَ عَيْنَهُ ، فَذَهَبَ بَصَرُهَا ، وَابْيَضَّتْ ، وَشَخَصَتْ ، فَإِنْ أَمَكَّنَ
مُعَالَجَةَ عَيْنِ الْجَانِي حَتَّى يَذْهَبَ بَصَرُهَا وَتَبْيِضُ وَتَشَخَّصَ ، مِنْ غَيْرِ جِنَايَةٍ عَلَى الْحَدَقَةِ ،

(٦) ق م : ١ : إ ن .

(٧) ق م : ١ : ق .

(٨) ق م : ١ : ف م ع .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) ق م : ١ : ظ ل و .

فَعَلَ ذَلِكَ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا ذَهَابُ بَعْضِ ذَلِكَ ، مِثْلَ ذَهَابِ ^(١٢) الْبَصَرِ دُونَ أَنْ تَبْيَضَّ وَتُنْشَخَصَ ، فَعَلَيْهِ حُكْمَةُ الَّذِي لَمْ يُمَكِّنِ الْقِصَاصُ فِيهِ ، كَالْوَجَرِّحَةِ ^(١٣) هَاشِمَةً ، فَإِنَّهُ يَقْتَضُ / مُوضِحَةً ، وَيَأْخُذُ أَرْضَ بَاقِي جَزْجِرِهِ . وَعَلَى قَوْلِ أُنَى بَكْرِ ، لَا يُسْتَحَقُّ مَعَ الْقِصَاصِ أَرْضٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِذَا اقْتَصَرَ مِنْهُ - بِعَنْ لَطْمَتِهِ مِثْلَ لَطْمَتِهِ - فَذَهَبَ ضَوْؤُهُ عَنْهُ ، وَلَمْ تَبْيَضْ ، وَلَمْ تُنْشَخَصْ ، فَإِنْ أَمَكَّنْ مُعَالَجَتَهَا حَتَّى تَبْيَضَّ وَتُنْشَخَصَ ، مِنْ غَيْرِ ذَهَابِ الْحَقِيقَةِ ، فَعَلَهُ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، كَالْوِائِدِ مَلَّتْ مُوضِحَةً السَّجْنِيَّ عَلَيْهِ وَحِشَّةً قَبِيحَةً ، وَمُوضِحَةً الْجَانِي حَسَنَةً جَمِيلَةً ، لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ ، كَذَلِكَ هُنَا ، وَهَذَا بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّ اللَّطْمَةَ حَصَلَ بِهَا الْقِصَاصُ ، كَمَا حَصَلَ بِجُرْجِ الْمُوضِحَةِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا فَسَادَ هَذَا .

فصل : وَإِنْ شَجَّهَ شَجَّةَ دُونَ الْمُوضِحَةِ ، فَأَذْهَبَ ضَوْؤُهُ عَنْهُ ، لَمْ يَقْتَضْ مِنْهُ مِثْلَ شَجَّتِهِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهَا لَا قِصَاصَ فِيهَا إِذَا لَمْ يَذْهَبْ ضَوْؤُ الْعَيْنِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا ذَهَبَ ، وَيُعَالَجُ ضَوْؤُ الْعَيْنِ بِمِثْلِ مَا ذَكَرْنَا فِي ^(١٤) اللَّطْمَةِ . وَإِنْ كَانَتِ الشَّجَّةُ فَوْقَ الْمُوضِحَةِ ، فَلَهُ أَنْ يَقْتَضَ مُوضِحَةً . وَهَلْ لَهُ أَرْضُ الزِّيَادَةِ عَلَيْهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَإِنْ ذَهَبَ ضَوْؤُ الْعَيْنِ ، وَإِلَّا اسْتَعْمَلَ فِيهِ مَا يُزِيلُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَجْنِيَ عَلَى الْحَقِيقَةِ . وَإِنْ شَجَّهَ مُوضِحَةً ، فَلَهُ أَنْ يَقْتَضَ مِنْهَا . وَحُكْمُ الْقِصَاصِ فِي الْبَصَرِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي الْقِصَاصِ فِي الْبَصَرِ ، فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا قِصَاصَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِالسَّرَايَةِ ، كَالْوِائِدِ قَطَعَ إصْبَعَهُ ، فَسَرَى الْقَطْعُ إِلَى التِّي ثَلَاثًا ، فَأَذْهَبَهَا عَنْهُمْ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَجِبُ الْقِصَاصُ هُنَا ، قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ ضَوْؤَ الْعَيْنِ لَا تُمَكِّنُ مُبَاشَرَتَهُ بِالْجِنَايَةِ ، فَيَقْتَضُ مِنْهُ بِالسَّرَايَةِ ، كَالنَّفْسِ ، فَيَقْتَضُ مِنَ الْبَصَرِ بِمَا ^(١٥) ذَكَرْنَا فِيمَا قَبْلُ هَذَا .

(١٢) لَمْ : دُونَ أَنْ يَذْهَبَ .

(١٣) لَمْ : جَرْجِرُ .

(١٤) لَمْ : مِنْ .

(١٥) لَمْ : كَمَا .

فصل : إذا قَلَعَ الْأَعْوَرُ عَيْنَ صَحِيحٍ ، فَلَا قَوْدَ ، وَعَلَيْهِ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ . رُويَ ذَلِكَ عَنْ
عمر ، وعثمان ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا^(١٦) . وبه قال سعيد بن المُسيَّب ، وعطاء . وقال
الحسنُ والثَّخْفِيُّ : إن شاء اقْتَصَرُ وأعطاه نصفُ دِيَّةٍ . وقال مالكٌ : إن شاء اقْتَصَرُ ، وإن
شاء أَخَذَ دِيَّةً كَامِلَةً . وقال مُسْرُوقٌ والشَّعْبِيُّ ، وابنُ سِيرِينَ ، وابنُ مَغْفِلٍ^(١٧) ، والثَّوْرِيُّ ،
والشَّافِعِيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ، وابنُ الْمُثَنِّرِ : له القِصاصُ ، ولا شيءٌ عليه . وإن عَفَا ،
فله نصفُ الدِّيَّةِ ، لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ﴾ . وجعلَ النَّبِيُّ ﷺ في
٤٣/٩ ط . / الْعَيْنِ الدِّيَّةَ^(١٨) . ولأنَّها اخْدَى شَيْئَيْنِ فَبِهِمَا الدِّيَّةُ ، فَوَجِبَ الْقِصاصُ مِمَّنْ له
واحدةٌ ، أو نصفُ الدِّيَّةِ ، كما لو قَطَعَ الْأَقْطَعُ يَدَ مَنْ له يَدَانِ . ولنا ، قولُ عمرَ وعثمانَ ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ،^(١٩) « ولم نَعْرِفْ لهما مُخَالَفاً » في عَصْرِهِما ، ولأنَّه لم يَذْهَبْ بِجَمِيعِ^(٢٠)
بَصَرِهِ ، فلم يَجْزُ له الاقْتِصاصُ منه بِجَمِيعِ بَصَرِهِ ، كما لو كان ذَا عَيْنَيْنِ . وأما إذا قَطَعَ يَدَ
الْأَقْطَعِ ، فلنا فيه مَنْعٌ ، ومع التَّسْلِيمِ ، فالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ يَدَ الْأَقْطَعِ لَا تَقُومُ مَقَامَ الْيَدَيْنِ في
النَّفْعِ الحَاصِلِ بَهِمَا ، بخلافِ عَيْنِ الْأَعْوَرِ ، فَإِنَّ النَّفْعَ الحَاصِلَ بِالْعَيْنَيْنِ حَاصِلٌ بَها ، وكلُّ
حُكْمٍ يَتَعَلَّقُ بِصَحِيحِ الْعَيْنِ ، يَثْبُتُ في الْأَعْوَرِ مثله ، ولهذا صَحَّ عَقْفُهُ في الْكَفَّارَةِ دُونَ
الْأَقْطَعِ . فأما وَجُوبُ الدِّيَّةِ كَامِلَةً عليه ، وهو قولُ مالِكٍ ، فَلأنَّه لما دُفِعَ عَنْهُ الْقِصاصُ
مع إمكانيهِ لِفَضِيلَتِهِ ، ضُوعِفَتِ الدِّيَّةُ عليه ، كَالْمُسْلِمِ إذا قَتَلَ ذِمِّيًّا عَمْدًا . ولو قَلَعَ
الْأَعْوَرُ اخْدَى عَيْنَيْ الصَّحِيحِ خطأً ، لم يَلْزَمُهُ إِلَّا نِصْفُ الدِّيَّةِ ، بغيرِ اخْتِلَافٍ ؛ لَعَدَمِ
المَعْنَى الْمُفْتَضِيهِ لِتَضْعِيفِ الدِّيَّةِ .

(١٦) أخرجه عن عمر وعثمان عبد الرزاق ، في : باب الأعور يصب عين الإنسان ، من كتاب العقول . المصنف
٣٣٠/٩ ، ٣٣١ . وأخرجه عن عثمان ، البيهقي ، في : باب الصحيح يصب عين الأعور ... ، من كتاب
الدهيات . السنن الكبرى ٩٤/٨ .

(١٧) في النسخ : مغفل . وقدم في : ٢٦١/٣ .

(١٨) أخرجه النسائي ، في : باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول واختلاف الناقلين له ، من كتاب القسامة
الجنبى ٥٢/٨ . والدارمي . في : باب كم الدية من الإبل ، من كتاب الدهيات . سنن الدارمي ١٩٣/٢ .

(١٩-١٩) في الأصل : يعرف لهما بخلاف .

(٢٠) في ب : جميع .

فصل : ولو قَلَعَ الْأَعْوَرُ عَيْنَ مِثْلِهِ ، ففيه الْقِصَاصُ ، بغيرِ خِلافٍ ؛ لِتَسَاوِيهِمَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، إِذَا كَانَتِ الْعَيْنُ مِثْلَ الْعَيْنِ ، فِي كَوْنِهَا يَمِينًا أَوْ يَسَارًا . وَإِنْ عَقَا إِلَى الدِّيَّةِ ، فَلَهُ جَمِيعُهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ قَلَعَهَا خَطَأً ، أَوْ عَقَا بَعْضُ مُسْتَحِقِّ الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهُ ذَهَبَ بِجَمِيعِ بَصَرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَلَعَ عَيْنَيْ صَحِيحٍ .

فصل : وَإِنْ قَلَعَ الْأَعْوَرُ عَيْنَيْ صَحِيحٍ ، فَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ مُخَيَّرٌ ، إِنْ شَاءَ اقْتَصَصَ وَلَا شَيْءَ لَهُ سِوَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَخَذَ جَمِيعَ بَصَرِهِ ^(٢١) بِجَمِيعِ بَصَرِهِ ^(٢٢) ، فَإِنْ اخْتَارَ الدِّيَّةَ ، فَلَهُ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَفِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَّةُ » . وَلَئِنْ لَمْ يَتَعَلَّزِ الْقِصَاصُ ، فَلَمْ تَنْضَاعِفِ الدِّيَّةُ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ الْأَشْلُ يَدَ صَحِيحٍ ، أَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرَ ، أَوْ يَدُ الْقَاطِعِ أَقْصَى . وَقَالَ الْقَاضِي : يَقْتَضِي الْفِقْهُ أَنْ يُلْزَمَهُ دِيَّتَانِ ، إِحْدَاهُمَا لِلْعَيْنِ الَّتِي تُقَابِلُ عَيْنَهُ ، وَالدِّيَّةُ الثَّانِيَةُ لِأَجْلِ الْعَيْنِ النَّاتِيَةِ ؛ لِأَنَّهَا عَيْنُ أَعْوَرَ . وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا ، وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَأَشَدُّ مُوَافَقَةً لِلنُّصُوصِ ، وَأَصَحُّ فِي الْمَعْنَى .

فصل : وَإِنْ قَلَعَ صَحِيحُ الْعَيْنَيْنِ عَيْنَ أَعْوَرَ ، فَلَهُ الْقِصَاصُ مِنْ يَمِينِهَا ، وَيَأْخُذُ بِنِصْفِ الدِّيَّةِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ ذَهَبَ بِجَمِيعِ بَصَرِهِ ، وَأَذْهَبَ الضُّوءَ الَّذِي بَدَلَهُ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ ، وَقَدْ تَعَلَّزَ اسْتِيفَاءَ جَمِيعِ الضُّوءِ ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَخْذُ عَيْنَيْنِ بَعَيْنٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَا أَخْذُ يَمِينٍ يُسْتَرَى ، فَوَجَبَ الرُّجُوعُ بِبَدَلِ نِصْفِ الضُّوءِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلَّا الْقِصَاصُ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، أَوِ الْعُقُورُ إِلَى الدِّيَّةِ ^(٢٣) ، كَمَا لَوْ قَطَعَ الْأَشْلُ يَدًا صَحِيحَةً ، لِأَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَا غَيْرُ مُتَمَيِّزَةٍ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهَا بَدَلٌ ، كَزِيَادَةِ الصَّحِيحَةِ عَلَى الشَّلَاءِ ، هَذَا مَعَ غُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْعَيْنِ بِالْعَيْنِ ﴾ .

(٢١) - (٢٢) مقطوع من : ب ، م .

(٢٢) في م : د لأنه .

(٢٣) في الأصل ، م ، د على .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ الْأَقْطَعُ يَدَ مَنْ لَهُ يَدَانِ ، فعليه الإِصْصَاصُ . وَإِنْ قُطِعَتْ رِجْلُ الْأَقْطَعِ أَوْ يَدُهُ ، فله الإِصْصَاصُ أَوْ نِصْفُ الدِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْأَقْطَعِ لَا تَقُومُ مَقَامَ يَدَيْهِ فِي الْإِنْتِفَاعِ وَالْبَطْشِ ، وَلَا يُجْزَى فِي الْجَنَاحِ عَنِ الْكُفَّارَةِ ، بخلاف عَيْنِ الْأَعْوَرِ ، فَإِنَّهَا تَقُومُ مَقَامَ عَيْنَيْهِ جَمِيعًا . وقال القاضي : إِنْ كَانَتِ الْمَقْطُوعَةُ أَوَّلًا قُطِعَتْ ظُلْمًا أَوْ قِصَاصًا ، ففى الْبَاقِيَةِ نِصْفُ الدِّيَّةِ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ، وَإِنْ كَانَتِ الْأُولَى قُطِعَتْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، ففى الثَّانِيَةِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، نِصْفُ الدِّيَّةِ ، وَالثَّانِيَةِ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ ؛ لِأَنَّهُ عَطَّلَ مَنَافِعَهُ مِنَ الْعُضْوَيْنِ جَمْلَةً ، وَأَمَّا إِنْ قَطَعَ الْأَقْطَعُ يَدَ مَنْ لَيْسَ بِأَقْطَعٍ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنْ فِي يَدِ الْأَقْطَعِ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ . فَلَا قِصَاصَ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَكْمُلُ فِيهَا الدِّيَّةُ . فَلِإِصْصَاصٍ وَاجِبٍ فِيهَا . وَاللَّائِقُ بِالْفَقْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ أَوَّلًا ، وَالتَّعْلِيلُ بِتَقْوِيَةِ مَنَفْعَةِ الْعُضْوَيْنِ يَنْتَقِضُ بِمَا إِذَا قُطِعَتِ الْأُولَى قِصَاصًا ، وَالْقِيَاسُ عَلَى عَيْنِ الْأَعْوَرِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْفَرْقِ . فَأَمَّا إِنْ قُطِعَتْ أُذُنٌ مِّنْ قَدٍّ^(٢٤) قُطِعَتْ إِحْدَى أُذُنَيْهِ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا نِصْفُ الدِّيَّةِ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً . وَإِنْ قَطَعَ هُوَ أُذُنَ ذِي أُذُنَيْنِ ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ ، لَا فِي الْمَذْهَبِ وَلَا فِي غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ نَفْعَ كُلِّ أُذُنٍ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْأُخْرَى .

فصل : وَيُؤْخَذُ الْجَنْفُ بِالْجَنْفِ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾^(٢٥) . وَلَئِنْهُ يُمْكِنُ الْقِصَاصُ فِيهِ ، لِإِنْتِهَائِهِ إِلَى مُفْصِلٍ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . / وَيُؤْخَذُ جَنْفُ الْبَصِيرِ بِجَنْفِ الْبَصِيرِ وَالضَّرِيرِ ، وَجَنْفُ الضَّرِيرِ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي السَّلَامَةِ مِنَ النِّقْصِ ، وَعَدَمُ الْبَصَرِ نَقْصٌ فِي غَيْرِهِ ، لَا^(٢٦) يَمْنَعُ أَخْذَ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ ، كَالأُذُنِ إِذَا عُدِمَ السَّمْعُ مِنْهَا .

١٤٤٩ - مسألة : قال : (وَالْمَنُّ بِالْمَنِّ)

(٢٤) سقط من : ب ، م .

(٢٥) سورة المائدة ٤٥ .

(٢٦) في م : لأنه .

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى الْقِصَاصِ فِي السَّنِّ ؛ لِلآيَةِ وَحَدِيثِ الرَّبِيعِ ^(١) ، وَلَأَنَّ الْقِصَاصَ فِيهَا مُنَكَّرٌ ، لِأَنَّهَا مَجْنُودَةٌ فِي نَفْسِهَا ، فَوَجَبَ فِيهَا الْقِصَاصُ كَالْعَيْنِ . وَتَوَخَّذُ الصَّحِيحَةُ بِالصَّحِيحَةِ ، وَتَوَخَّذُ الْمَكْسُورَةُ بِالصَّحِيحَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ بَعْضُ حَقِّهِ ، وَهَلْ يَأْخُذُ مَعَ الْقِصَاصِ أَرْضُ الْبَاقِي ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، ذَكَرْنَاهُمَا فِيمَا مَضَى .

فصل : وَلَا يُقْتَصُّ إِلَّا مِنْ سِنَّ مَنْ أَتَمَّرَ ، أَيْ سَقَطَتْ رَوَاضِعُهُ ، ثُمَّ تَبَيَّنَتْ . يُقَالُ لِمَنْ سَقَطَتْ رَوَاضِعُهُ : يُغَرَّ ، فَهُوَ مُثْغُورٌ . فَإِذَا تَبَيَّنَتْ قِيلَ : أَتَمَّرَ . لُغْنَانٌ . وَإِنْ قُلِعَ سِنَّ مَنْ لَمْ يُتَغَرَّ ، لَمْ يُقْتَصَّ مِنَ الْجَانِي فِي الْحَالِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهَا تَعُودُ بِحُكْمِ الْعَادَةِ ، فَلَا يُقْتَصُّ مِنْهَا كَالشَّعْرِ ، ثُمَّ إِنْ عَادَ بَدَّلَ السَّنُّ فِي مَحَلِّهَا مِثْلَهَا عَلَى صِفَتِهَا ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الْجَانِي ، كَمَا لَوْ قَلَعَ شَعْرَةً ثُمَّ تَبَيَّنَتْ . وَإِنْ عَادَتْ مِثْلَهُ عَنْ مَحَلِّهَا ، أَوْ مُتَغَيِّرَةً عَنْ صِفَتِهَا ، كَانَ عَلَيْهِ حُكْمُهُ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ لَمْ تُعَدَّ ضَمِينَ السَّنِّ ، فَإِذَا عَادَتْ نَاقِصَةً ضَمِينٍ مَا نَقَصَ . ^(٢) وَإِنْ عَادَتْ قَصِيرَةً ، ضَمِينٌ مَا نَقَصَ ^(٣) مِنْهَا بِالْحِسَابِ ، فَفِي ثَلَاثِهَا ثَلَاثُ دِيْنَتَيْهَا ، وَفِي رُبْعِهَا رُبْعُهَا ، وَعَلَى هَذَا . وَإِنْ عَادَتْ وَالْدَّمُ يَسِيلُ ، فَفِيهَا حُكْمُهُ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصٌ حَصَلَ بِفِعْلِهِ . وَإِنْ مَضَى زَمَنٌ عَوْدِهَا وَلَمْ تُعَدَّ ، سُئِلَ أَهْلُ الْعِلْمِ بِالطَّبِّ ، فَإِنْ قَالُوا : قَدْ يُبَسُّ مِنْ عَوْدِهَا . فَالْمَجْنُونُ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْقِصَاصِ أَوْ دِيْنَةِ السَّنِّ . فَإِنْ مَاتَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ قَبْلَ الْإِمَامِ مِنْ عَوْدِهَا ، فَلَا قِصَاصَ ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِحْقَاقَ لَهُ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ شَبْهَةً فِي دَرْجِهِ ، وَتَحِبُّ الدِّيْنَةُ ؛ لِأَنَّ الْقَلْعَ مُوجُودٌ ، وَالْعَوْدُ مُشْكُوكٌ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ مَجْئِئِ عَوْدِهَا ، أَنَّ ^(٤) لَا يَجِبُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ عَوْدُهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ حَلَقَ شَعْرَهُ فَمَاتَ قَبْلَ بَلَايَةِ . / فَأَمَّا إِنْ قَلَعَ سِنَّ مَنْ قَدْ أَتَمَّرَ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ لَهُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ عَوْدِهَا . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُسْأَلُ أَهْلُ الْخَيْرَةِ ، فَإِنْ قَالُوا : لَا تَعُودُ . فَلَهُ

١٥٠/٩

(١) تقدم في صفحة ٥٣١ .

(٢-٢) سقط من : م . نقل نظر .

(٣) ب : أنه .

الْقِصَاصُ فِي الْحَالِ ، وَإِنْ قَالُوا : يُرْجَى عَوْدُهَا . إِلَى وَقْتِ ذِكْرِهِ ، لَمْ يُفْتَضَّ حَتَّى يَأْتِيَ ذَلِكَ الْوَقْتُ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا تَحْتِمِلُ الْعَوْدَ ، فَأَشْبَهَتْ سِرًّا مَنْ لَمْ يَتَغَيَّرْ . وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهَا (١) لَمْ تَعُدْ بَعْدُ (٢) ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ عَادَتْ ، لَمْ يَجِبْ قِصَاصُ وَلَا دِيَّةٌ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ فِي الْآخَرِ : لَا يَسْقُطُ الْأَرْضُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ السَّنَّ لَا تُسْتَحْلَفُ عَادَةً ، فَإِذَا عَادَتْ كَانَتْ هِبَةً مُجَدَّدَةً ، وَلِذَلِكَ لَا يَنْتَظَرُ عَوْدُهَا فِي الضَّمَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا سِرٌّ عَادَتْ ، فَسَقَطَ الْأَرْضُ ، كَسِرٍّ مَنْ لَمْ يَتَغَيَّرْ ، وَنُدْرَةُ وُجُودِهَا لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ حُكْمِهَا إِذَا وَجَدَتْ ، فَعَلَى هَذَا إِنْ كَانَ أَخَذَ الْأَرْضَ ، رَدَّهُ ، وَإِنْ كَانَ اسْتَوْفَى الْقِصَاصَ ، لَمْ يَجُزْ قَلْعُ هَذِهِ قِصَاصًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الْعُدُولَ . وَإِنْ عَادَتْ سِرٌّ الْجَانِي دُونَ سِرِّ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تُقْلَعُ ؛ لِأَنَّهَا تَأْخُذُ سِنِينَ بِسِرٍّ وَاحِدَةٍ ، وَإِنَّمَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَالسَّنَّ بِالسَّنِّ ﴾ (٣) . وَالثَّانِي ، تُقْلَعُ وَإِنْ عَادَتْ مَرَّاتٍ ؛ لِأَنَّهُ قَلَعَ سِنَّهُ وَأَعْدَمَهَا ، فَكَانَ لَهُ إِعْدَامُ سِنِّهِ . وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ .

فصل : وَإِنْ قَلَعَ سِنًّا ، فَأَقْصَصَ مِنْهُ ، ثُمَّ عَادَتْ سِرٌّ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ، فَقَلَعَهَا الْجَانِي ثَانِيَةً ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ سِرَّ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ لَمَّا عَادَتْ ، وَجَبَ لِلْجَانِي عَلَيْهِ دِيَّةُ سِنِّهِ ، فَلَمَّا قَلَعَهَا ، وَجَبَ (٤) عَلَى الْجَانِي (٥) دِيَّتُهَا لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ، فَقَدْ وَجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَّةُ سِرٍّ ، فَيَقَاصَانِ .

١٤٥٠ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ (: وَإِنْ كَسَرَ بَعْضَهَا ، بَرَدَ مِنْ سِرِّ الْجَانِي مِثْلُهُ)

وَجَمَلُهُ أَنَّ الْقِصَاصَ جَارٍ فِي بَعْضِ السَّنِّ ؛ لِأَنَّ الرُّبْعَ كَسَرَتْ سِرٌّ جَارِيَةً ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ

(٤-٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٦) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٤٥ .

(٧-٧) فِي الْأَصْلِ : لِلْجَانِي .

عَلَيْهِ بِالْقِصَاصِ^(١) . وَلَأنَّ مَا جَرَى الْقِصَاصُ فِي جُمْلَتِهِ ، جَرَى فِي بَعْضِهِ إِذَا أُمْتِكَنَ ، كَالأُذُنِ ، فَيُعَذَّرُ ذَلِكَ بِالْأَجْزَاءِ ، فَيُؤْخَذُ النَّصْفُ بِالنَّصْفِ وَالثُّلُثُ بِالثُّلُثِ ، وَكُلُّ جُزْءٍ بِمِثْلِهِ ، وَلَا يُؤْخَذُ ذَلِكَ بِالسَّاحَةِ ، كَيْلًا / يُفْضَى إِلَى أَخْذِ جَمِيعِ سِرِّ الْجَانِي بِبَعْضِ سِرِّ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ، وَيَكُونُ الْقِصَاصُ بِالْجِيرِ ؛ لِيُؤْمَنَ أَخْذُ الزَّيَادَةِ ، فَإِنَّا لَوْ أَخَذْنَاهَا بِالْكَسْرِ ، لَمْ نَأْمَنَ أَنْ تَصْدَعُ ، أَوْ تَقْلَعُ ، أَوْ تُكْسِرَ مِنْ غَيْرِ مَوْضِعِ الْقِصَاصِ . وَلَا يُفْتَنُ حَتَّى يَقُولَ أَهْلُ الْخَبْرَةِ : إِنَّهُ يُؤْمَنُ اتِّقَالُهَا ، أَوِ السَّوَادُ^(٢) فِيهَا ؛ لِأَنَّ تَوْهُمَ الزَّيَادَةِ يَمْنَعُ الْقِصَاصَ فِي الْأَعْضَاءِ ، كَالْوَقْطَعَتِ يَدَهُ مِنْ غَيْرِ مَفْصِلٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ أَجَزْتُمْ الْقِصَاصَ فِي الْأَطْرَافِ مَعَ تَوْهُمِ سِرَّيْنِهَا إِلَى النَّفْسِ ، فَلِمَ مَنَعْتُمْ مِنْ تَوْهُمِ السَّرَّاءِ إِلَى بَعْضِ الْعُضْوِ ؟ قُلْنَا : وَهُمُ السَّرَّاءِ إِلَى النَّفْسِ لَا سَبِيلَ إِلَى التَّحَرُّزِ مِنْهُ ، فَلَوْ اعْتَبَرْنَاهُ فِي الْمَنْعِ ، لَسَقَطَ الْقِصَاصُ فِي الْأَطْرَافِ بِالْكُلِّيَّةِ ، فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ ، وَأَمَّا^(٣) السَّرَّاءُ إِلَى بَعْضِ الْعُضْوِ ، فَتَارَةٌ نَقُولُ إِنَّمَا يَمْنَعُ^(٤) الْقِصَاصَ فِيهَا احْتِمَالُ الزَّيَادَةِ فِي الْفِعْلِ ، لَا فِي السَّرَّاءِ ، مِثْلُ مَنْ يَسْتَوْفِي مِنْ^(٥) بَعْضِ الذَّرَاعِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ يَفْعَلَ أَكْثَرَ مِمَّا فَعَلَ بِهِ ، وَكَذَلِكَ مِنْ كَسَرَ سِنًا وَلَمْ يَصْدَعْهَا ، فَكَسَرَ الْمُسْتَوْفَى مِنْهُ وَصَدَّعَهَا ، أَوْ قَلَعَهَا ، أَوْ كَسَرَ أَكْثَرَ مِمَّا كَسَرَ ، فَقَدْ زَادَ عَلَى الْمِثْلِ ، وَالْقِصَاصُ يُعْتَمَدُ الْمُمِثَالَةَ . وَتَارَةٌ نَقُولُ : إِنَّ السَّرَّاءِ فِي بَعْضِ الْعُضْوِ إِنَّمَا تَمْنَعُ^(٦) إِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً ، وَمِثْلُ هَذَا يَمْنَعُ فِي النَّفْسِ ، وَلِهَذَا مَنَعْنَاهُ مِنَ الِاسْتِيفَاءِ بِأَلَةٍ كَالْيَدِ ، أَوْ مَسْمُومَةٍ ، وَفِي وَقْتِ إِفْرَاطِ الْحَرَارَةِ أَوِ الْبُرُودِ^(٧) ، تَحَرُّزًا مِنْ السَّرَّاءِ .

فصل : وَمَنْ قَلَعَ سِنًا زَائِدَةً ، وَهِيَ الَّتِي ثَبَّتْ فَضْلَةً فِي غَيْرِ سَمْتِ الْأَسْنَانِ ، خَارِجَةٌ

(١) تقدم ترجمته في صفحة ٥٣١ .

(٢) في الأصل : « والسواد » .

(٣) سقطت الواو من : ب ، م .

(٤) في م : « منع » .

(٥) سقطت من : ب ، م .

(٦) في ب ، م : « منع » .

(٧) في الأصل : « والبرودة » .

عنها ، إما إلى داخل القِمِّ ، وإما إلى الشُّفَّةِ ، وكانت ^(٨) للجاني مثلها في موضعيها ، فلمَجْنِيْ عليه القِصاصُ ، أو أخذ حُكومية في سيئه . وإن لم يكن له مثلها في محلها ، فليس للمَجْنِيْ عليه إلا الحُكومة . وإن كانت إحدى الزَّائِدَتَيْنِ أكبر من الأخرى ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا تُؤْخَذُ الكَبْرَى بالصُّغْرَى ؛ لأنَّ الحُكومةَ فيها أكبرُ ، فلا يُقْلَعُ بها ما هو أقلُّ قيمةً منها . والثاني ، تُؤْخَذُ بها ؛ لأنَّهما مِثْلان ^(٩) مُتساويان ^(١٠) في الموضع ، فتُؤْخَذُ كُلُّ واحدةٍ منهما بالأخرى ، كالأَصْلِيَّتَيْنِ ، ولأنَّ قولَ الله تعالى : ﴿ وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ ﴾ ^(١١) . عامٌّ ، فيَذْخُلُ / فيه محلُّ النزاع . وإن قلنا : يَثْبُتُ القِياسُ ^(١٢) في الزَّائِدَتَيْنِ بالاجْتِهَادِ ، فالثَّابِتُ بالاجْتِهَادِ مُعْتَبَرٌ بما ثَبَتَ بالنَّصِّ ، واختلافُ القِيَمَةِ لا يَمْنَعُ القِصاصَ ، بدليل جَرْيانه بين العَبِيدِ ، وبين الذَّكْرِ والأنثى ، في النفس والأطراف ، على أَنَّ كِبَرَ السِّنِّ لا يوجبُ كَثْرَةَ قِيَمَتِهَا ، فإنَّ السِّنَّ الزَّائِدَةَ تَقْصُ وَغَيْبُ ، وكثرة العيبِ زيادةً في النقصِ ، لا في القِيَمَةِ ، ولأنَّ كِبَرَ السِّنِّ الْأَصْلِيَّةِ لا يَزِيدُ قِيَمَتَهَا ، فالزَّائِدَةُ كذلك .

و ٤٦/٩

فصل : وَيُؤْخَذُ اللِّسَانُ بِاللِّسَانِ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ ^(١٣) . ولأنَّ له حَدًّا يَنْتَهِيْ إليه ، فاقْتَصَرُ منه ، كالْعَيْنِ . ولا نَعْلَمُ في هذا إِخْلَافًا . ولا يُؤْخَذُ لِسَانُ نَاطِقٍ بِلسانِ أُخْرَسٍ ؛ لأنَّه أَفْضَلُ منه . وَيُؤْخَذُ الْأُخْرَسُ بِالنَّاطِقِ ؛ لأنَّه بَعْضُ حَقِّهِ . وَيُؤْخَذُ بَعْضُ اللِّسَانِ بِبَعْضٍ ؛ لأنَّه أَمَكَنُ الْقِصاصِ في جَمِيعِهِ ، فَأَمَكَنَ في بَعْضِهِ ، كَالسِّنِّ ، وَيُقَدَّرُ ذَلِكَ بِالْأَجْزَاءِ ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ بِالْحِسَابِ .

فصل : وَيُؤْخَذُ الشُّفَّةُ بِالشُّفَّةِ ، وهى ما جَاوَزَ الذَّقْنَ وَالْحَدِيثَ غُلْوَ وَسَفْلًا ^(١٤) ؛ لقول

(٨) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٩) ب : ستنان .

(١٠) في الأصل : متساويان .

(١١) سورة المائدة ٤٥ .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في الأصل : أو سفلا .

الله تعالى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ . ولأنَّ له حدًّا ينتهي إليه ، يُمكنُ القصاصُ منه ، فوجبَ ، كالْيَدَيْنِ .

١٤٥١ - مسألة : قال : (وَلَا تُؤْخَذُ يَمِينُ يَسَارٍ ، وَلَا يَسَارُ يَمِينٍ)

هذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأصحابُ الرأيِ . وحكى عن ابنِ سيرينَ ، وشريكٍ ، أنَّ إحداهما تُؤْخَذُ بالأُخرى ؛ لأنَّهما يَسْتَوِيَانِ في الخلقةِ والمنفعةِ . ولنا ، أنَّ كُلَّ واحدةٍ منهما تُختصُّ باسمٍ ، فلا تُؤْخَذُ إحداهما بالأُخرى ، كالْيَدِ مع الرَّجْلِ . فعلى هذا كُلُّ ما انقسمَ إلى يَمِينٍ وَيَسَارٍ ، كالْيَدَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ وَالْأَذْنَيْنِ وَالْمَنْجَرَيْنِ وَالْثَدْيَيْنِ وَالْأُتُنَيْنِ ، لا تُؤْخَذُ إحداهما بالأُخرى .

فصل : وما انقسمَ إلى أَعْلَى وَأَسْفَلَ ، كالْجَنْفَيْنِ وَالشَّفَتَيْنِ ، لا يُؤْخَذُ الأَعْلَى بِالْأَسْفَلِ ، ولا الأَسْفَلُ بالأَعْلَى ؛ لما ذكرنا . ولا تُؤْخَذُ إصْبَعٌ بِإصْبَعٍ ، إلَّا أن يَتَّفِقَا في الاسمِ والموضعِ . ولا تُؤْخَذُ أُمْلَةٌ بِأُمْلَةٍ ، إلَّا أن يَتَّفِقَا في ذلك . ولا تُؤْخَذُ عَلْيَا بِسُفْلَى ولا وَسْطَى ، والوَسْطَى والسُّفْلَى لا تُؤْخَذَانِ بغيرهما . ولا تُؤْخَذُ السِّنُّ بالسِّنِّ / إلَّا أن يَتَّفِقَ موضِعُهُما واسْمُهُما . ولا تُؤْخَذُ إصْبَعٌ وَلَا سِنَّ أَصْلِيَّةٌ بِزائِدةٍ ، ولا زائِدةٌ بِأصْلِيَّةٍ ، ولا زائِدةٌ بِزائِدةٍ في غير محلِّها ؛ لما ذكرناه .

٤٦/٩ ظ

فصل : وما لا يجوزُ أخذهَ قِصاصًا ، لا يجوزُ بترَاضيهما واتِّفاقيهما عليه^(١) ؛ لأنَّ الدَّمَاءَ لا تُسْتَبَاحُ بِالْإِبَاحَةِ^(٢) وَالْبَذْلِ ، ولذلك لو بَدَّلْها له ابتداءً ، لا يَحِلُّ له^(٣) أخْذُها ، ولا يَحِلُّ لأحدٍ قَتْلُ نَفْسِهِ ، ولا قَطْعُ طَرَفِهِ ، فلا يَحِلُّ لغيره بَدْلُهُ ، فلو تَرَاضيا على قَطْعِ إحدَى اليَدَيْنِ بَدْلًا عن الأُخرى ، فَقَطَعَهَا الْمُقْتَصُّ ، سَقَطَ الْقَوْدُ ؛ لأنَّ الْقَوْدَ سَقَطَ في الأولى بِإِسْقَاطِ صاحبِها ، وفي الثانية بِإِذْنِ صاحبِها في قَطْعِها ، وديَّاهُما مُتَسَاوِيَةٌ . وهذا

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : ٥ : بالاسباحة .

(٣) سقط من : م .

قول أُنَى بكري . وكذلك^(٤) قال : لو قَطَعَ الْمُقْتَصُّ يَدَ الْأُخْرَى عُذْوَانَا ، لَسَقَطَ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَا فِي الْأَكْمِ وَالذِّيَّةِ وَالْإِسْمِ ، فَتَقَاصَا وَتَسَاقَطَا ، وَلَئِنْ إِيْجَابَ الْقِصَاصِ يُفْضَى إِلَى قَطْعِ يَدَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَإِذَا هَابِ مَنْفَعَةُ الْجِنْسِ ، وَالْحَاقِ الضَّرَرُ الْعَظِيمُ بِهِمَا جَمِيعًا . وَلَا تَفْرِغْ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ لَوْضُوحِهِ . وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَطْعَيْنِ^(٥) مَضْمُونٌ^(٦) بِسِرَائِهِ^(٧) ؛ لِأَنَّهُ عُذْوَانٌ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ كَانَ أَخَذَهَا عُذْوَانًا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْقِصَاصُ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَإِنْ أَخَذَهَا بِتَرَاضِيهِمَا ، فَلَا قِصَاصَ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لِرِضَا صَاحِبِهَا بِبَذْلِهَا ، وَإِذْنِهِ فِي قَطْعِهَا ، وَفِي وَجُوبِهِ فِي الْأَوَّلَى وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَسْقُطُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِي ، لَا يَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِتَرْكِهِ بَعْوَضٍ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ^(٨) ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ إِلَى حَقِّهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ سِلْعَةً بِخَمْرِ وَقَبَضَهُ إِيَّاهُ . فَعَلَى هَذَا ، لَهُ الْقِصَاصُ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقْتَضِي إِلَّا بَعْدَ انْدِمَالِ الْأُخْرَى ، وَلِلْجَانِي دِيَّةٌ يَدُهُ . فَإِذَا وَجَبَ لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ دِيَّةٌ يَدُهُ ، وَكَانَتِ الدَّيْتَانِ وَاحِدَةً ، تَقَاصَا ، وَإِنْ كَانَتِ إِحْدَاهُمَا أَكْثَرَ^(٩) مِنَ الْأُخْرَى ، كَالرُّجُلِ مَعَ الْمَرْأَةِ ، وَجَبَ الْفَضْلُ^(١٠) لِصَاحِبِهِ .

فصل : وَإِذَا قَالَ الْمُقْتَصُّ لِلْجَانِي : أَخْرِجْ يَمِينَكَ لِأَقْطَعَهَا . فَأَخْرَجَ يَسَارَهُ ، فَقَطَعَهَا ، فَعَلَى قَوْلِ أُنَى بَكْرٍ ، يُجْزَى ذَلِكَ ، سَوَاءً قَطَعَهَا عَالِمًا بِهَا أَوْ غَيْرَ عَالِمٍ . وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ ، إِنْ أَخْرَجَهَا عَمْدًا عَالِمًا بِأَنَّهُ يَسَارُهُ ، وَأَنَّهُ لَا تُجْزَى ، فَلَا ضَمَانٌ عَلَى قَاطِعِهَا / وَلَا قَوْدٌ ؛ لِأَنَّهُ بَذَلَهَا بِإِخْرَاجِهِ لَهَا لَا^(١١) عَلَى سَبِيلِ الْعَوَضِ ، وَقَدْ يَقُومُ الْفِعْلُ فِي

و ٤٧/٩

(٤) فِي م : « وَلِذَلِكَ » .

(٥) فِي ب : « الْمُقْطَعَيْنِ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « مَضْمُونٌ » . وَفِي ب : « مَضْمُونَةٌ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « سِرَائِهِ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٩) فِي ب ، م : « أَكْبَرُ » .

(١٠) فِي ب ، م : « الْقِصَاصُ » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « إِلَّا » .

ذلك مقام التُّطْق ، بدليل أنه لا فَرْق بين قَوْلِه : اخْذْ هذا فَكَلْهُ . وبين اسْتِذْعَاءِ ذلك منه ، فَيُطْعِمُهُ إِيَّاهُ . ويَفَارِقُ هذا ما لو قَطَعَ يَدَ إنسانٍ وهو سَاكِتٌ ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ منه الْبَذْلُ ، وَيَنْظَرُ فِي الْمُقْتَصِّرِ ، فَإِنْ فَعَلَ ذلك عَالِمًا بِالْحَالِ^(١٢) ، عَزَرَ ؛ لأنَّه مُنْتَوِعٌ منه لِحَقِّ الله تعالى . وهل يَسْقُطُ الْقِصَاصُ فِي الْيَمِينِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُما ، يَسْقُطُ ؛ لِأَنَّ قَاطِعَ الْيَسَارِ تَعَدَّى بِقَطْعِهَا ، وَلأنَّه قَطَعَ إِحْدَى يَدَيْهِ ، فلم يَمْلِكْ قَطْعَ الْيَدِ الْأُخْرَى ، كما لو قَطَعَ يَدَ السَّارِقِ الْيُسْرَى مَكَانَ يَمِينِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ قَطْعَ يَمِينِهِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وَفَرَّقُوا بَيْنَ الْقِصَاصِ وَقَطْعِ السَّارِقِ مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ الْحَدَّ مَنِيٌّ عَلَى الْإِسْقَاطِ ، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ^(١٣) الْيَسَارَ لَا تُقَطَّعُ فِي السَّرِقَةِ وَإِنْ عُدِمَتْ يَمِينُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُقَوِّثُ مَنَفْعَةَ الْجَنْسِ فِي الْحَدِّ ، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّ الْيَدَ لو سَقَطَتْ بِأَكِلَةٍ^(١٤) أَوْ قِصَاصٍ ، سَقَطَ الْقَطْعُ فِي السَّرِقَةِ ، فَجَازَ أَنْ يَسْقُطَ بِقَطْعِ^(١٥) الْيَسَارِ ، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ ، فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ ، وَيَنْتَقِلُ إِلَى الْبَدَلِ ، لَكِنْ لَا تُقَطَّعُ يَمِينُهُ حَتَّى تَنْدِمَلَ يَسَارُهُ ؛ لِئَلَّا يُؤَدَّى إِلَى ذَهَابِ نَفْسِهِ . فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ لو قَطَعَ يَمِينُ رَجُلٍ وَيَسَارُ آخَرَ ، لم يُؤَخَّرَ أَحَدُهُمَا إِلَى اثِدْمَالِ الْآخَرِ ؟ قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْقَطْعَيْنِ مُسْتَحَقَّانِ قِصَاصًا ، فَلِهَذَا جَمَعْنَا بَيْنَهُمَا ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا أَحَدُهُمَا غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ ، فلم نَجْمَعْ بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا الذَّمْلَتِ الْيَسَارُ قَطَعْنَا الْيَمِينَ ، فَإِنْ سَرَى قَطَعَ الْيَسَارَ إِلَى نَفْسِهِ ، كَانَتْ هَذَرًا ، وَيَجِبُ فِي تَرْكِهِ دِيَّةُ الْيَمِينِ^(١٦) ؛ لِتَعْدْرِ الْأَمْتِيفَاءِ فِيهَا بِمَوْتِهِ . وَإِنْ قَالَ الْمُقْتَصِّرُ مِنْهُ : لَمْ أَعْلَمْ أَنَّهَا الْيَسَارُ ، أَوْ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تُعْجَرِي عَنْ الْيَمِينِ . نَظَرْتُ فِي الْمُسْتَوْفَى ، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهَا يَسَارُهُ ، وَأَنَّهَا لَا تَكُونُ قِصَاصًا ، ضَمِنَهَا بِدَيْتِهَا وَعَزَّرُ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَهَا مَعَ الْعِلْمِ بِأَنَّهُ

(١٢) فِي ب : بِحَالٍ .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٤) الْأَكْلَةُ ، كَفَرَحَةٍ : دَاءٌ فِي الْعَضْوِ بِأَكْتَلٍ مِنْهُ .

(١٥) فِي ب : بِقَلْعٍ .

(١٦) فِي ب : الْيَمِينُ .

ليس له قَطْعُهَا . وَلَمَّا ، أَنَّهُ قَطَعَهَا يَبْذُلُ صَاحِبِهَا ، فَلَمْ / يَجِبْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ
عَلِمَ بِإِذْلِهَا . وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا ، فَلَا تَعْزِيرَ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ بِالذِّئْبِ ؛ لِأَنَّهُ بَذَلَهَا
لَهُ ^(١٧) عَلَى وَجْهِ الْبَذْلِ ، فَكَانَتْ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهَا مَضْمُونَةٌ لَوْ كَانَ الْقَاطِعُ عَالِمًا
بِهَا ، وَمَا وَجِبَ ضَمَانُهُ فِي الْعَمْدِ ، وَجِبَ فِي الْخَطَا ، كَأَثْلَافِ الْمَالِ ، وَالْقِصَاصُ بَاقٍ لَهُ
فِي الْيَمِينِ ، وَلَا تُقْطَعُ حَتَّى تَنْدِمَلَ الْيَسَارُ ، فَإِذَا انْدَمَلَتْ ، فَلَهُ قَطْعُ الْيَمِينِ ^(١٨) ، فَإِنْ
عَفَا ، وَجِبَ بَذْلُهَا ، وَفِتْقَاصَانِ ، وَإِنْ سَرَتْ الْيَسَارُ إِلَى نَفْسِهِ ، كَانَتْ مَضْمُونَةً بِالذِّئْبِ
الْكَامِلَةِ ، وَقَدْ تَعَذَّرَ قَطْعُ الْيَمِينِ ^(١٩) ، وَوَجِبَ لَهُ نِصْفُ الذِّئْبِ ، فِتْقَاصَانِ بِهِ ، وَيَتَنَى
نِصْفُ الذِّئْبِ لَوْرِيَةِ الْجَانِي . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي بَذْلِهَا ، فَقَالَ الْجَانِي : إِنَّمَا بَذَلْتُهَا بَذْلًا عَنْ
الْيَمِينِ . وَقَالَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ : بَذَلْتُهَا بغيرِ ^(٢٠) عَوَضٍ . أَوْ قَالَ : أَخْرَجْتُهَا ذَهْنَةً .
فَقَالَ : بَلْ عَالِمًا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَانِي ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِنَيْتِهِ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَبْذُلُ
طَرَفَهُ لِلْقَطْعِ تَبَرُّعًا ، مَعَ أَنَّ عَلَيْهِ قِطْعًا مُسْتَحَقًّا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ كَانَ بِإِذْلِ
الْيَسَارِ مَجْنُونًا مِثْلَ أَنْ يُجَنِّ بِعَدْوٍ جُوبِ الْقِصَاصِ عَلَيْهِ ، فَعَلَى قَاطِعِهَا ضَمَانُهَا بِالْقِصَاصِ
إِنْ كَانَ عَالِمًا ، وَبِالذِّئْبِ إِنْ كَانَ مُخْطِئًا ؛ لِأَنَّ بَذْلَ الْمَجْنُونِ لَيْسَ بِشَبْهَةٍ . وَإِنْ كَانَ مَنْ لَهُ
الْقِصَاصُ مَجْنُونًا ، وَمَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ عَاقِلًا ، فَأَخْرَجَ إِلَيْهِ يَسَارَهُ أَوْ يَمِينَهُ فَقَطَعَهَا ،
ذَهَبَتْ هَذَرًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْهُ اسْتِيفَاءُ ، وَلَا يَجُوزُ الْبَذْلُ لَهُ ، وَلَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ
أَتْلَفَهَا يَبْذُلُ صَاحِبِهَا ، لَكِنْ إِنْ كَانَ الْمَقْطُوعُ الْيُمْنَى ، وَقَدْ ^(٢١) تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ
فِيهَا لِتَلْفِهَا ، فَيَكُونُ لِلْمَجْنُونِ دِيَّتُهَا . وَإِنْ وَثَبَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ فَقَطَعَهُ يَدَهُ الَّتِي لَا قِصَاصَ
فِيهَا ، فَعَلَى عَاقِلَتِهِ دِيَّتُهَا ، وَلَهُ الْقِصَاصُ فِي الْأُخْرَى ، وَإِنْ قَطَعَ الْأُخْرَى ، فَهُوَ مُسْتَوْفٍ
حَقَّهُ ، فِي أَحَدِ الرَّجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَيَّنٌ فِيهَا ، فَإِذَا أَخَذَهَا قَهْرًا ، سَقَطَ حَقُّهُ ، كَمَا لَوْ
أَتْلَفَ وَدِيْعَتَهُ . وَالثَّانِي ، لَا يَسْقُطُ حَقُّهُ ، وَلَهُ عَقْلُ يَدِهِ ، وَعَقْلُ يَدِ الْجَانِي عَلَى عَاقِلَتِهِ ؛

(١٧) سقط من : ب ، م .

(١٨) في الأصل : د : يميني .

(١٩) في م : د : في غير .

(٢٠) في الأصل ، م : د : فقد .

لأنَّ المجنونَ لا يَصِحُّ منه الاستيفاءُ . ويُفارقُ الوديعةَ إذا اتَّلَفَهَا ؛ لأنَّهَا تَلَفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، / وليس لها بَدَلٌ إذا تَلَفَتْ بذلك ، واليَدُ بخلافه ، فإنَّهَا لو تَلَفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، كانت عليه دِيْنُهَا ، وكذلك الصغيرُ ، وكذلك الحُكْمُ فَيُجْزَأُ قَاتِلُ أَبِيهِمَا عَمْدًا ، وإن اقتصا من الجاني ما لا تُحْمِلُهُ عَاقِلَتُهُ ، كما دُونَ الثَّلَاثِ ، كَقَطْعِ إصْبَعٍ وَغَيْرِهَا ، سَقَطَ حَقُّهُمَا ؛ لأنَّ ذلك يَفْتَضِي الدِّيَّةَ فِي ذِمَّتَيْهِمَا ، ولهما فِي ذِمَّةِ الْجَانِي مِثْلُ ذَلِكَ ، فَيَقْصَانِ . وإن كانت دِيْنَتُهُمَا مُخْتَلِفَةً ، كَالْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ ، وَالرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ، فَإِنْ قُلْنَا : يَكُونَانِ مُسْتَوْفِيَيْنِ لِحَقِّهِمَا بِالْقَطْعِ . لم يَبْقَ لهما حَقٌّ ، كَمَا لو اتَّلَفَا وَدِيْعَتُهُمَا . وإن قُلْنَا : لا يَكُونَانِ مُسْتَوْفِيَيْنِ . يُعَاصُ مِنَ الدِّيَّتَيْنِ بِقَدْرِ الْأَذْنَى مِنْهُمَا ، وَوَجِبَ الْفَضْلُ لِلصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ . وإن كانت الْجَنَابَةُ عَلَيْهِمَا أَوْ عَلَى وَليَّهِمَا خَطَأً تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ ، فَاسْتَوْفِيَا الْقِصَاصَ ، لم يَسْقُطْ حَقُّهُمَا ، وَجَبَهَا وَاحِدًا ، وَكَانَتْ دِيَّةٌ مِّنْ اسْتَوْفِيَا مِنْهُ عَلَى عَاقِلَتَيْهِمَا مُوَجَّلَةٌ ، وَدِيَّةُ الْجَنَابَةِ عَلَيْهِمَا أَوْ عَلَى وَليَّهِمَا عَلَى عَاقِلَةِ الْجَانِي مُوَجَّلَةٌ .

فصل : وسِرَايَةُ الْقَوْدِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ . ومعناه أَنَّهُ إِذَا قَطَعَ طَرَفًا يَجِبُ الْقَوْدُ فِيهِ ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ مَاتَ الْجَانِي بِسِرَايَةِ الْاِسْتِيفَاءِ ، لم يَلْزَمِ الْمُسْتَوْفَى شَيْءٌ . وهذا قال الحسنُ ، وابن سِيرِينَ ، ومالكُ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدُ ، وابنُ الْمُثَنِّبِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَعُمَرُ ، وَعَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وقال عطاءُ ، وطاوسُ ، وعمرُو بن دِينَارَ ، والحارثُ الْعُكْلِيُّ ، والشَّعْبِيُّ ، وَالثَّخَفِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : عَلَيْهِ الضَّمَانُ . قال ^(٢١) أَبُو حَنِيفَةَ : عَلَيْهِ كَأَلِ الدِّيَّةِ فِي مَالِهِ . وقال غَيْرُهُ : هِيَ عَلَى عَاقِلَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَوَتْ نَفْسَهُ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا طَرَفَهُ ، فَلَزِمَتْهُ دِيَّتُهُ ، كَمَا لو ضَرَبَ ^(٢٢) عُنُقَهُ ، وَلَأنَّهَا سِرَايَةُ قَطْعِ مَضْمُونٍ ، فَكَانَتْ مَضْمُونَةً ، كَسِرَايَةِ الْجَنَابَةِ ، وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ مَضْمُونٌ ، ^(٢٣) أَنَّهُ مَضْمُونٌ ^(٢٤) بِالْقَطْعِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ فِي

(٢١) فِي الْأَصْلِ : دُ قَالَ .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٣-٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

مُقَابِلَتِهِ . وَلَنَا ، أَنْ عَمَرَ ، وَعَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَالَ^(٢٤) : مَنْ مَاتَ مِنْ حَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ لَا دِيَّةَ لَهُ ، الْحَقُّ قَتْلُهُ . رَوَاهُ سَعِيدٌ بِمَعْنَاهُ^(٢٥) . وَلَئِنَّهُ قَطَعَ مُسْتَحَقُّ مُقَدَّرٌ ، فَلَا تُضْمَنُ سِرَّائِهِ ، كَقَطْعِ السَّارِقِ . / وَفَارَقَ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ مَا فَعَلَهُ مُسْتَحَقًّا . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ سِرَّائِهِ إِلَى النَّفْسِ ، بِأَنْ يَمُوتَ مِنْهَا ، أَوْ إِلَى مَا دُونَهَا ، مِثْلَ أَنْ يَقَطَعَ إصْبَعًا فَتُسَرَّى إِلَى كَفِّهِ .

فصل : وسرّاية الجنّاية مضمونة بلا خلاف ؛ لأنّها أئُرّ الجنّاية ، والجنّاية مضمونة ، فكذلك أئُرّها . ثم إن سرّث إلى النفس ، وما لا يُمكن مُباشَرته بالإِثْلَاف ، مثل أن يَهْشِمَهُ فِي رَأْسِهِ فَيَذْهَبَ ضَوْءُ عَيْنَيْهِ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ فِيهِ ، وَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ فِي النَّفْسِ ، وَفِي ضَوْءِ الْعَيْنِ خِلَافٌ قَدْ ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ سَرَّثَ إِلَى مَا يُمكن مُباشَرته بالإِثْلَاف ، مثل أن قَطَعَ إصْبَعًا ، فَتَاكَلَتْ أُخْرَى وَسَقَطَتْ مِنْ مَفْصِلٍ ، ففِيهِ الْقِصَاصُ أَيْضًا ، فِي قَوْلِ إِمَامِنَا ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَعَمَدِ بْنِ الْحَسَنِ . وَقَالَ أَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ : لَا قِصَاصَ فِي الثَّانِيَةِ ، وَتَجِبُ دِيَّتُهَا ؛ لِأَنَّ مَا أَمَكَّنَ مُبَاشَرَتَهُ بِالْجِنَايَةِ لَا يَجِبُ الْقَوْدُ فِيهِ بِالسَّرِّيَةِ ، كَمَا لَوْ رَمَى سَهْمًا فَمَرَّقَ مِنْهُ إِلَى آخَرٍ . وَلَنَا ، أَنْ مَا وَجَبَ فِيهِ الْقَوْدُ بِالْجِنَايَةِ ، وَجَبَ بِالسَّرِّيَةِ ، كَالنَّفْسِ وَضَوْءِ الْعَيْنِ ، وَلَئِنَّهُ أَحَدُ تَوْعِي الْقِصَاصِ ، فَأَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا^(٢٦) . وَفَارَقَ مَا ذَكَرُوهُ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ فِعْلٌ وَلَيْسَ بِسِرِّيَةٍ ، وَلَئِنَّهُ لَوْ قَصَدَ ضَرْبَ رَجُلٍ فَأَصَابَ آخَرَ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ، وَلَوْ قَصَدَ قَطَعَ إِنْهَامِهِ فَقَطَعَ سَبَابَتَهُ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ ، وَلَوْ ضَرْبَ إِنْهَامِهِ فَمَرَّقَ إِلَى سَبَابَتِهِ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ فِيهِمَا ، فَأَشْرَقَا . وَلَئِنَّ الثَّانِيَةَ تَلَفَّتْ بِفِعْلٍ أَوْجَبَ الْقِصَاصَ ، فَوَجَبَ الْقِصَاصُ فِيهَا ، كَمَا لَوْ رَمَى إِحْدَاهُمَا فَمَرَّقَ إِلَى الْأُخْرَى . فَأَمَّا إِنْ قَطَعَ إصْبَعًا ، فَشَلَّتْ إِلَى جَانِبَيْهَا أُخْرَى ، وَجَبَ

(٢٤) في م : ٥ : قال .

(٢٥) وأُخْرِجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَمُوتُ فِي قِصَاصِ الْجَرْحِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّهَاتِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٦٨/٨ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ الْإِنْتِظَارِ بِالْقَوْدِ أَنْ يَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْعُقُولِ . الْمُصَنَّفُ ٤٥٧/٩ ، ٤٥٨ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ لَيْسَ عَلَيْهِ دِيَّةٌ إِذَا مَاتَ فِي قِصَاصٍ ، مِنْ كِتَابِ الدِّهَاتِ . الْمُصَنَّفُ ٣٤١/٩ ، ٣٤٢ .

(٢٦) في ب : ٥ : ذَكَرْنَاهُ .

الْقِصَاصُ فِي الْمَقْطُوعَةِ حَسَبُ الْأَرْضِ^(٢٧) فِي الثَّلَاةِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا قِصَاصَ فِيهِمَا ، وَيَجِبُ أَرْضُهُمَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ حُكْمَ السَّرَاةِ لَا يَتَغَرَّدُ عَنْ الْجَنَايَةِ ، بِدَلِيلٍ مَا لَوْ سَرَتْ إِلَى النَّفْسِ ، فَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ فِي إِحْدَاهُمَا ، لَمْ يَجِبِ فِي الْأُخْرَى . وَلَنَا ، أَنَّهَا جِنَايَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْقِصَاصِ لَوْ لَمْ تَسْرِ ، فَأَوْجَبَتْهُ إِذَا سَرَتْ ، كَالَّتِي تُسَرَّى إِلَى سَقُوطِ أُخْرَى ، وَكَأَنَّ لَوْ قُطِعَ يَدُ حُبْلَى فَمَسَرَّى إِلَى جَنِينِهَا . وَهَذَا يَظُنُّ مَا ذَكَرَهُ^(٢٨) . وَفَارَقَ الْأَصْلُ ؛ لِأَنَّ السَّرَاةَ مُقْتَضِيَةٌ لِلْقِصَاصِ ، كَاقْتِضَاءِ الْفِعْلِ لَهُ ، فَاسْتَوَى حُكْمُهُمَا / ، وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ ، وَلَئِنْ مَا ذَكَرَهُ^(٢٩) غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْقَطْعَ إِذَا سَرَّى إِلَى النَّفْسِ ، سَقَطَ الْقِصَاصُ فِي الْقَطْعِ ، وَوَجَبَ فِي النَّفْسِ ، فَخَالَفَ حُكْمَ الْجِنَايَةِ حُكْمَ السَّرَاةِ ، فَسَقَطَ مَا قَالَهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْأَرْضَ يَجِبُ فِي مَالِهِ ، وَلَا تُحْمَلُهُ الْعَاقِلَةُ ؛ لِأَنَّهُ جِنَايَةٌ عَمْدٌ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ فِيهِ لَعَدَمِ الْمُعَاتِلَةِ فِي الْقَطْعِ^(٣٠) وَالثَّلِيلِ ، فَإِذَا قُطِعَ إصْبَعُهُ فَشَلَّتْ أَصَابِعُهُ الْبَاقِيَةُ وَكَفَّهُ ، فَقَفَا عَنْ الْقِصَاصِ ، وَجَبَ لَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَإِنْ اقْتَصَرَ مِنَ الْإِصْبَعِ ، فَلَهُ فِي الْأَصَابِعِ الْبَاقِيَةِ أَرْبَعُونَ مِنَ الْإِزِيلِ ، وَيَتَّبِعُهَا مَا حَاذَاهَا مِنَ الْكَفِّ ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَصَابِعٍ ، فَيَدْخُلُ أَرْضُهُ فِيهَا ، وَيَتَّقَى خُمْسُ الْكَفِّ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَتَّبِعُهَا فِي الْأَرْضِ ، فَلَا^(٣١) شَيْءَ فِيهِ . وَالثَّانِي ، فِيهِ الْحُكْمَةُ ؛ لِأَنَّ مَا يُقَابِلُ الْأَرْبَعَ تَبِعُهَا فِي الْأَرْضِ ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الْحُكْمِ ، وَحُكْمُ التِّي اقْتَصَرَ مِنْهَا مُخَالَفٌ لِحُكْمِ الْأَرْضِ ، فَلَمْ يَتَّبِعْهَا .

فصل : وَلَا يَجُوزُ الْقِصَاصُ فِي الطَّرْفِ إِلَّا بَعْدَ اتِّدْمَالِ الْجُرُجِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ النَّحْمِيُّ ، وَالتَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَطَاءٍ ، وَالْحَسَنِ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّبِ : كُلُّ مَنْ نَحَفَظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ

(٢٧) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٢٨) في ب : ذكره .

(٢٩) في النسخ : قطع .

(٣٠) في ب ، م : ولا .

يَرَى الْإِنْتَظَارَ بِالْمُجْرَحِ حَتَّى يَبْرَأَ . وَيَخْرُجُ لَنَا ، أَنَّهُ يَجُوزُ الْإِقْتِصَاصُ قَبْلَ الْبَرِّ ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا : إِنَّهُ إِذَا سَرَى إِلَى النَّفْسِ ، يَفْعَلُ بِهِ ^(٣١) كَمَا فَعَلَ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، قَالَ : وَلَوْ سَأَلَ الْقَوْدَ سَاعَةً قُطِعَتْ إصْبَعُهُ ، أَقْدَتْهُ ، لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ رَجُلًا طَعَنَ رَجُلًا بِقَرْبٍ فِي رُكْبَتِهِ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَقْدِنِي . قَالَ : « حَتَّى يَبْرَأَ » . فَأَبَى ، وَعَجَلُ ، فَاسْتَقَادَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَعَيَّثَ رَجُلُ الْمُسْتَقِيدِ ، وَبَرَأَتْ رَجُلُ الْمُسْتَقَادِ مِنْهُ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَيْسَ لَكَ شَيْءٌ ، إِنَّكَ ^(٣٢) عَجَلْتَ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ مُرْسَلًا ^(٣٣) . وَلِأَنَّ الْإِقْتِصَاصَ مِنَ الطَّرَفِ لَا يَسْقُطُ بِالسَّرَايَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَمْلِكَهُ فِي الْحَالِ ، كَمَا لَوْ بَرَأَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : نَهَى أَنْ يُسْتَقَادَ مِنَ الْجَارِحِ ^(٣٤) حَتَّى يَبْرَأَ الْمَجْرُوحُ . / وَرَوَاهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ^(٣٥) ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ . وَلِأَنَّ الْمَجْرَحَ لَا يَذَرَى أَقْلٌ هُوَ أَمَ لَيْسَ بِقَتْلٍ ، فَيَتَّبَعِي أَنْ يَنْتَظَرَ لِيَعْلَمَ مَا حُكْمُهُ ؟ فَأَمَّا حَدِيثُهُمْ ، فَقَدْ رَوَاهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، وَفِي سِيَاقِهِ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، عَرَجْتُ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « قَدْ نَهَيْتَكَ فَعَصَيْتَنِي ، فَأَبْعَدَكَ اللَّهُ ، وَطَلَّ عَرَجُكَ » . ثُمَّ نَهَى أَنْ يُقْتَصَّ مِنْ جُرْحٍ حَتَّى يَبْرَأَ صَاحِبَهُ . وَهَذِهِ زِيَادَةٌ يَجِبُ قَبُولُهَا ، وَهِيَ مُتَأَخَّرَةٌ عَنِ الْإِقْتِصَاصِ ، فَكَوْنُ نَاسِخَةٍ لَهُ . وَفِي نَفْسِ الْحَدِيثِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ اسْتِقَادَتَهُ ^(٣٦) قَبْلَ الْبَرِّ مَعْصِيَةٌ ، لِقَوْلِهِ : « قَدْ نَهَيْتَكَ فَعَصَيْتَنِي » . وَمَا ذَكَرُوهُ مَمْنُوعٌ ، وَهُوَ مَبْنِي ^(٣٧) الْخِلَافِ .

فصل : فَإِنْ اقْتَصَّ قَبْلَ الْإِدْمَالِ ، هُدِرَتْ سِرَايَةُ الْجِنَايَةِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ،

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) وأخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ٨٨/٣ ، ٨٩ . والبيهقي ، في : تاب ما جاء في الاستثناء بالقتصاص من الجرح والقطع ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٦٧/٨ .

(٣٣) في الأصل ، ب : « الجرح » . و في م : « الجروح » . والثلث من : سنن الدارقطني ، والسنن الكبرى .

(٣٤) أخرجه الدارقطني حديث جابر وعمرو بن شعيب ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ٨٨/٣ . وأخرج الإمام أحمد حديث عمرو بن شعيب ، في : المسند ٢١٧/٢ .

(٣٥) في الأصل « استغاثه » .

(٣٦) في ب ، م زيادة : « على » .

والشافعي: بل هي مضمونة؛ لأنها سِرَايةٌ جَنَائِيَّةٌ، فكانت مضمونة، كما لو لم يَنْقُصْ .
ولنا، الخبر المذكور، ولأنه استعجل ما لم يكن له استعجاله، فبطل حقه، كقَاتِلِ
مُؤَرَّرِهِ، وبهذا فارق مَنْ لم يَنْقُصْ . فعلى هذا، لو سَرَى الْقَطْعَانِ جَمِيعًا، فمات الجاني
والمُسْتَوْفَى، فهما هَذَرٌ . وقال أبو حنيفة: يَجِبُ ضَمَانُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ ^(٣٧)لأنَّ
سِرَايةً كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(٣٧)مضمونة، ثم يتقاصان فيسقطان . وقال الشافعي: إن مات
المَجْنُونُ عليه أولاً، ثم مات الجاني، كان قصاصاً به ^(٣٨)؛ لأنه مات من سِرَايةِ الْقَطْعِ،
فقد مات بفعل المَجْنُونِ عليه، وإن مات الجاني، فكذلك في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وفي
الآخر، يكون مَوْتُ الجاني هَذَرًا، ولَوْلِيَ المَجْنُونِ عليه نَصْفُ الدِّيَةِ . فأما إن سَرَى
أَحَدُ الْقَطْعَيْنِ دون صاحبه، فعندنا هو هَذَرٌ، لا ضَمَانٌ فيه . وعند أبي حنيفة، يَجِبُ
ضَمَانُ سِرَايَتِهِ . وعند الشافعي، إن سَرَتْ الْجَنَائِيَّةُ فهي مضمونة، وإن سَرَى
الاستيفاء، لم يَجِبْ ضَمَانُهُ . ومبني ذلك على ما تقدّم من الخلاف .

فصل: وإن ائْتَمَلَ جُرْحُ الْجَنَائِيَّةِ، فاقتصر منه، ثم انتقص فسرى، فسِرَايَتُهُ
مضمونة، وسِرَايةُ الاستيفاءِ غيرُ مضمونة؛ لأنه اقتصر بعد جَوَازِ الْاِقْتِصَاصِ . فعلى
هذا، لو قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ، فَبَرَأَ، فاقتصر، ثم انتقص جُرْحُ المَجْنُونِ عليه، / فمات،
فلَوْلِيهِ قَتْلُ الجاني، لأنه مات من جَنَائِيَّتِهِ، وإن عَفَا إلى الدِّيَةِ، فلا شيء له، لأنه
استوفى بالقَطْعِ ما قيمته دِيَّةٌ وهو يَدَاهُ، وإن سَرَى الاستيفاء، لم يَجِبْ أَيْضًا شيء؛ لأنَّ
الْقِصَاصَ قد سَقَطَ بِمَوْتِهِ، والدِّيَةُ لا يُمكنُ إيجابُها لما ذكرنا . وإن كان المَقْطُوعُ
بِالْجَنَائِيَّةِ يَدًا، فَوْلِيهِ بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ وَبَيْنَ الْعَفْوِ إِلَى نَصْفِ الدِّيَةِ . ومتى
سَقَطَ الْقِصَاصُ بِمَوْتِ الجاني أو غيره، وَجَبَ نَصْفُ الدِّيَةِ فِي تَرْكِه الجاني، أو ماله إن
كان حيًّا .

(٣٧-٣٧) سقط من: م . نقل نظر .

(٣٨) سقط من: م .

فصل : ولو قَطَعَ كِتَابِي يَدَ مُسْلِمٍ ، فَبَرَأَ وَاقْتَصَّ^(٣٩) ، ثُمَّ انْتَقَضَ جُرْحُ الْمُسْلِمِ فَمَاتَ ، فَلَرِيئِهِ قَتْلُ الْكِتَابِيِّ ، وَالْعَفْوُ إِلَى أَرْضِ الْجُرْحِ ، وَفِي قَدْرِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، نِصْفُ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى بَدَلَ يَدِهِ بِالْقِصَاصِ ، وَبَدَلُهَا نِصْفُ دِيَّتِهِ ، فَبَقِيَ لَهُ نِصْفُهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ الْقَاطِعُ مُسْلِمًا . وَالثَّانِي ، لَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا ؛ لِأَنَّ يَدَ الْيَهُودِيِّ تُعَدُّ نِصْفَ دِيَّتِهِ ، وَذَلِكَ رُبْعُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ ، فَقَدْ اسْتَوْفَى رُبْعَ دِيَّتِهِ ، وَبَقِيَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا . وَإِنْ كَانَ قَطَعَ يَدَ الْمُسْلِمِ ، فَاقْتَصَّ مِنْهُ ، ثُمَّ مَاتَ الْمُسْلِمُ ، فَعَفَا لِرِيئِهِ إِلَى مَالٍ ، اَلْبَنَى عَلَى الْوَجْهَيْنِ ؛ إِنْ قُلْنَا : تُعْتَبَرُ قِيَمَةُ الْيَهُودِيِّ . فَلَهُ هُنَا نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَإِنْ قُلْنَا : اَلْاِعْتِبَارُ بِقِيَمَةِ يَدِ الْمُسْلِمِ . فَلَا شَيْءَ لَهُ هُنَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى بَدَلَ يَدِهِ ، وَهَذَا جَمِيعُ دِيَّتِهِ . وَلَوْ كَانَ الْقَاطِعُ فِي يَدَيْهِ وَرَجُلِيهِ ، فَعَفَا إِلَى الدِّيَةِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ دِيَةَ ذَلِكَ دِيَةِ مُسْلِمٍ . وَلَوْ كَانَ الْجَانِي أَمْرًا عَلَى رَجُلٍ ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا سَوَاءً ؛ لِأَنَّ دِيَّتَهَا نِصْفُ دِيَةِ الرَّجُلِ .

فصل : إِذَا قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِنَ الْكُؤُجِ ، ثُمَّ قَطَعَهَا آخَرُ مِنَ الْمَرْفِقِ ، فَمَاتَ بِسَرَايَتِهِمَا ، فَلَرِيئُهُ قَتْلُ الْقَاطِعَيْنِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقَطَعَ طَرَفَيْهِمَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، لَهُ قَطْعُ يَدِ الْقَاطِعِ مِنَ الْكُؤُجِ . فَإِنْ قَطَعَهَا ، ثُمَّ عَفَا عَنْهُ ، فَلَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَأَمَّا الْآخَرُ ، فَإِنْ كَانَتْ يَدُهُ مَقْطُوعَةً مِنَ الْكُؤُجِ ، فَقَطَعَهَا مِنَ الْمَرْفِقِ ، ثُمَّ عَفَا ، فَلَهُ دِيَةٌ ،^(٤٠) إِلَّا قَدَّرَ^(٤١) الْحُكُومَةُ فِي الذَّرَاعِ . وَلَوْ كَانَتْ يَدُ الْقَاطِعِ مِنَ الْمَرْفِقِ صَحِيحَةً ، لَمْ يَجُزْ قَطْعُهَا ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ صَحِيحَةً بِمَقْطُوعَةٍ . وَإِنْ قَطَعَ أَيْدِيَهُمَا ، وَهِيَ صَحِيحَتَانِ ، أَوْ قَطَعَ / رَجُلَانِ يَدَيْهِ ، فَقَطَعَ يَدَيْهِمَا ، ثُمَّ سَرَبَ الْجَنَائَةَ ، فَمَاتَ مِنْ قَطْعِهِمَا ، فَلَيْسَ لَرِيئِهِ الْعَفْوُ عَلَى الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى مَا قِيَمَتُهُ دِيَةٌ . وَإِنْ اخْتَارَ قَتْلُهُمَا ، فَلَهُ ذَلِكَ .

٥٠/٩

(٣٩) ب ، م ، ن : أَوْ اقْتَصَّ .

(٤٠-٤١) ب ، م : اَلْاِقْدَارُ ؛ خَطَأً .

فصل (١١) : ولا يجوز أن يقتصر من حاييل قبل وضعها ، سواء كانت حايلاً وقت الجنابة ، أو حملت بعدها قبل الاستيفاء ، وسواء كان القصاص في النفس أو في الطرف ؛ أما في النفس فيقول الله تعالى : ﴿ فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ﴾ (١٦) . وقتل الحاييل قتل لغير القاتل ، فيكون إسرافاً . وروى ابن ماجه (١٧) ، بإسناده عن عبد الرحمن بن غنم ، قال : ثنا معاذ بن جبل ، وأبو عبيدة بن الجراح ، وعبد الله بن الصامت ، وشذاد ابن أوس ، قالوا : إن رسول الله ﷺ قال : « إِذَا قَتَلْتَ الْمَرْأَةَ عَمْدًا ، لَمْ تُقْتَلْ حَتَّى تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا إِنْ كَانَتْ حَايِلًا ، وَحَتَّى تُكْفَلَ وَلَدُهَا ، وَإِنْ زَنْتَ ، لَمْ تُرْجَمْ حَتَّى تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا ، وَحَتَّى تُكْفَلَ وَلَدُهَا » . وهذا نص ، ولأن النبي ﷺ قال للغامدية المقرة بالزنى : « ارْجِعِي حَتَّى تَضَعِي مَا فِي بَطْنِكَ » . ثم قال لها : « ارْجِعِي حَتَّى تُرَضِعِيهِ » (١٨) . ولأن هذا الإجماع من أهل العلم لا تعلم بينهم فيه اختلافاً . وأما القصاص في الطرف ، فلأننا متعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى الجاني ، أو إلى زيادة في حقه ، فلأن تمتنع منه خشية السراية إلى غير الجاني ، ونفسية (١٩) نفس معصومية ، أولى وأخرى ، ولأن في القصاص منها قتلاً لغير الجاني ، وهو حرام . وإذا وضعت ، لم تقتل حتى تستقي الولد اللبأ ؛ لأن الولد لا يعيش إلا به في الغالب ، ثم إن لم يكن للولد من يرضعه ، لم يجز قتلها حتى يجيء أوان فطامه ؛ لما ذكرنا من الخبرين ، ولأنه لما أخر الاستيفاء لحفظه وهو حمل ، فلأن يؤخر لحفظه بعد وضعه أولى ، إلا أن يكون القصاص فيما دون النفس ، ويكون الغالب بقاءها ، وعدم ضرره بالاستيفاء منها ، فيستوفى . وإن وجد له مرضعة راتبه ، جاز قتلها ؛ لأنه يستغنى بلينها ، وإن كانت / مترددة ، أو

٥١/٩ و

(١٦) سقط هذا الفصل كله من : ب .

(١٧) سورة الإسرء ٣٣ .

(١٨) في : باب الحامل يجب عليها المقد ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٩٨/٢ ، ٨٩٩ .

(١٩) أخرجه مسلم ، في : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ١٣٢٢/٣ ،

١٣٢٣ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٨٢١/٢ ، ٨٢٢ . وانظر الجزء

الثاني عشر صفحة ٣١١ ، ٣١٢ .

(٤٥) سقطت الولو من : م .

جماعة يتناوبته ، أو أمكن أن يستقى من لبن شاة أو نحوها ، جاز قتلها . ويستحب للولي تأخيرها ؛ لما على الولد من ^(٢٦) الضرر ، لإختلاف اللبن عليه ، وشرب لبن البهيمة .

فصل : وإذا ادعت الحمل ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، تحبس حتى يتبين حملها ؛ لأن للحمل أمارات خفية ، تعلمها من نفسها ، ولا تعلمها غيرها ، فوجب أن يحتاط للحمل ، حتى يتبين انثفاء ما ادعته ، لأنه أمر يختصها ، فقبل قتلها فيه ، كالحيض . والثاني ، ذكره القاضي ، أنها ترى أهل الخبرة ، فإن شهدن بحملها أخرت ، وإن شهدن ببرائتها لم تؤخر ؛ لأن الحق حال عليها ، فلا يؤخر بمجرد دعواها .

فصل : وإن اقتصر من حامل فقد أخطأ ، وأخطأ السلطان الذي مكّنه من الاستيفاء ، وعليهما الإنم إن كانا عالمين ، أو كان منهما تفریط ، وإن علم أحدهما أو قرط ، فالإنم عليه ، ثم تنظر ؛ فإن لم تلتق الولد ، فلا ضمان فيه ؛ لأننا لم نتحقق وجوده وحياته ، وإن انفصل ميتا أو حيا لوقت لا يعيش في مثله ، ففيه غرة ، وإن انفصل حيا لوقت يعيش مثله ، ثم مات من الجنابة ، وجبت فيه دية . وعلى من يجب ضمانه ؟ تنظر ؛ فإن كان الإمام والولي عالمين بالحمل وتحريم الاستيفاء ، أو جاهلين بالأمرين ، أو بأحدهما ، أو كان الولي عالما بذلك دون الممكّن له من الاستيفاء ، فالضمان عليه وحده ؛ لأنه مباشر ، والحاكم الممكّن له صاحب سبب ، ومتى اجتمع المباشر مع المتسبب ، كان الضمان على المباشر دون المتسبب ، كالخافر مع الدافع ، وإن علم الحاكم دون الولي ، فالضمان على الحاكم وحده ؛ لأن المباشر معذور ، فكان الضمان على المتسبب ، كالسيد إذا أمر عبده بالقتل ، والتبذ أعجبي لا يعرف تخريم القتل ، وكشهود القصاصي إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء . وقال القاضي : إن كان أحدهما عالما وحده ، فالضمان عليه وحده ، وإن كانا عالمين ، فالضمان على الحاكم ؛ لأنه الذي يعرف الأحكام ، والولي إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده ،

(٢٦) في الأصل : ٥ : ٤ .

وإن كانا جاهِلَيْنِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، / الضَّمَانُ عَلَى الْإِمَامِ ، كما^(١٧) لو كانا عَالِمَيْنِ . والثاني ، عَلَى الْوَلِيِّ . وهذا مذهبُ الشافعي . وقال أبو الحُطَّابِ : الضَّمَانُ عَلَى الْحَاكِمِ ، وَلَمْ يُفَرِّقْ . وقال المَرْزِيُّ : الضَّمَانُ عَلَى الْوَلِيِّ فِي كُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ الْمُبَاشِرُ ، وَالسَّبَبُ غَيْرُ مُلْجِيٍّ ، فَكَانَ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، كَالْحَافِزِ مَعَ الدَّافِعِ ، وَكَأَلَوْ أَنَّ مَن يَعْلَمُ تَحْرِيمَ الْقَتْلِ بِهِ فَقَتَلَ . وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يَقْتَضِي التَّفَرُّيقُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٤٥٢ - مسألة : قال : (وَإِذَا كَانَ الْقَاطِعُ سَالِمَ الطَّرَفِ ، وَالْمَقْطُوعَةُ شَلَاءً ، فَلَا قَوْدَ)

لَا نَعْلَمُ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ قَالَ بِوُجُوبِ قَطْعِ يَدٍ أَوْ رِجْلٍ أَوْ لِسَانٍ صَحِيحٍ بِأَشَلٍّ ، إِلَّا مَا حُكِيَ عَنْ دَاوُدَ ، أَنَّهُ أَوْجَبَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَمًى بِاسْمِ صَاحِبِهِ ، فَيُؤْخَذُ بِهِ ، كَالْأُذُنَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الشَّلَاءَ لَا تَنْفَعُ فِيهَا سِوَى الْجَمَالِ ، فَلَا يُؤْخَذُ بِهَا مَا فِيهِ نَفْعُهُ^(١) ، كَالصَّحِيحَةِ^(٢) لَا تُؤْخَذُ بِالقَائِمَةِ^(٣) ، وَمَا ذُكِرَ لَهُ قِيَاسٌ ، وَهُوَ لَا يَقُولُ بِالْقِيَاسِ ، وَإِذَا لَمْ يُوجِبِ الْقِصَاصُ فِي الْعَيْنَيْنِ مَعَ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ ﴾^(٤) . لِأَجْلِ تَقَاوُزِهِمَا فِي الصَّحَةِ وَالْعَمَى ، فَلَا نَ لَا يُوجِبُ^(٥) ذَلِكَ فِيمَا لَا نَصَّ فِيهِ أَوْلَى .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ أَذُنًا شَلَاءً ، أَوْ أُنْفًا أَشَلٍّ ، فَهَلْ يُؤْخَذُ بِهِ الصَّحِيحُ ؟ فِيهِ وَجْهان ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُؤْخَذُ بِهِ ، كَسَائِرِ الْأَعْضَاءِ . وَالثَّانِي ، يُؤْخَذُ بِهِ ؛ لِأَنَّ نَفْعَهُ لَا يَذْهَبُ بِشَلِّهِ ، فَإِنَّ نَفْعَ الْأُذُنِ جَمْعُ الصَّوْتِ ، وَرَدُّ الْهَوَامِّ ، وَسَرُّ مَوْضِعِ السَّمْعِ ، وَنَفْعُ الْأَنْفِ جَمْعُ الرِّيحِ ، وَرَدُّ الْهَوَاءِ وَالْهَوَامِّ^(٦) ، فَقَدْ سَاوَى الصَّحِيحُ فِي الْجَمَالِ وَالنَّفْعِ ،

(٤٧) فِي ب : : وَكَأ .

(١) فِي م : : نَفْعٌ .

(٢) أَيْ : الْعَيْنُ الصَّحِيحَةُ ، كَمَا جَاءَ فِي الشَّرْحِ الْكَبِيرِ .

(٣) الْعَيْنُ الْقَائِمَةُ هِيَ الَّتِي ذَهَبَ بِصَرِّهَا وَالْحَدِيقَةُ صَحِيحَةٌ .

(٤) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٤٥ .

(٥) فِي م : : يَجِبُ .

(٦) فِي ب ، م : : أَوْ الْهَوَامِّ .

فَوَجَبَ أَخْذُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْآخِرِ ، كَالصَّحِيحِ بِالصَّحِيحِ ، بِخِلَافِ يَدِ وَالرَّجُلِ .
وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كَالْوَجْهَيْنِ .

فصل : وَلَا تُؤْخَذُ يَدُ كَامِلَةِ الْأَصَابِعِ بِنَاقِصَةِ الْأَصَابِعِ ، فَلَوْ قَطَعَ مَنْ لِهَ خَمْسُ أَصَابِعٍ
يَدَ مَنْ لِهَ أَرْبَعٌ أَوْ ثَلَاثٌ ، أَوْ قَطَعَ مَنْ لِهَ أَرْبَعُ أَصَابِعٍ يَدَ مَنْ لِهَ ثَلَاثٌ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ؛
لَأَنَّهَا فَرَّقَ حَقَّهُ . وَهَلْ لَهُ أَنْ يَقْطَعَ مِنْ أَصَابِعِ الْجَانِيِّ بَعْدَ أَصَابِعِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ،
ذَكَرْنَاهُمَا فِيمَا إِذَا قَطَعَ مِنْ نِصْفِ الْكَفِّ . وَإِنْ قَطَعَ ذُو الْيَدِ الْكَامِلَةِ يَدًا فِيهَا إصْبَعٌ
شَلَاءٌ وَبَاقِيهَا صِحَاحٌ ، لَمْ يَجُزْ أَخْذُ الصَّحِيحَةِ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخْذُ كَامِلٍ / بِنَاقِصٍ . وَفِي
الْإِفْتِصَاصِ مِنَ الْأَصَابِعِ الصَّحَاحِ وَجْهَانِ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ أَنْ يَقْتَصَّرَ . فَلَهُ الْحُكُومَةُ فِي
الشَّلَاءِ ، وَأَرِشُ مَا تَحْتَهَا مِنَ الْكَفِّ . وَهَلْ يَدْخُلُ مَا تَحْتَ الْأَصَابِعِ الصَّحَاحِ فِي
قِصَاصِهَا ، أَوْ تَجِبُ فِيهِ حُكُومَةُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٥٢/٩

فصل : وَإِنْ قَطَعَ الْيَدَ الْكَامِلَةَ ذُو يَدٍ فِيهَا إصْبَعٌ زَائِدٌ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ فِيهَا . ذَكَرَهُ
أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَةَ عَنِيٍّ وَنَقَصَ فِي الْمَعْنَى ، يُرَدُّ بِهَا الْمَبِيعُ ، فَلَا^(٧)
يَمْنَعُ وَجُودَهَا الْقِصَاصَ مِنْهَا ، كَالشَّلْعَةِ فِيهَا وَالخُرَاجِ . وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهَا لَا تُقْطَعُ بِهَا .
وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ . فَعَلِ هَذَا ، إِنْ كَانَ لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ أَيْضًا إصْبَعٌ زَائِدَةٌ
فِي مَحَلِّ الزَّائِدَةِ مِنَ الْجَانِيِّ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا ، وَإِنْ كَانَتْ فِي غَيْرِ
مَحَلِّهَا ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ إصْبَعٌ زَائِدَةٌ ، لَمْ تُؤْخَذْ يَدُ الْجَانِيِّ . وَهَلْ يَمْلِكُ قَطْعُ
الْإِصْبَعِ^(٨) ؟ تَنْظُرُ ؛ فَإِنْ كَانَتْ الزَّائِدَةُ مُلَصِّقَةً بِأَحَدِ الْأَصَابِعِ ، فَلَيْسَ لَهُ قَطْعُ تِلْكَ
الْأَصَابِعِ ، لِأَنَّ فِي قَطْعِهَا إِضْرَارًا بِالزَّائِدَةِ . وَهَلْ لَهُ قَطْعُ الْأَصَابِعِ الْأَرْبَعِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .
وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُلَصِّقَةً بِوَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ ، فَهَلْ لَهُ قَطْعُ الْخَمْسِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ كَانَتْ
الزَّائِدَةُ ثَابِتَةً فِي إصْبَعٍ فِي أُمْلِيَّتِهَا الْعُلْيَا ، لَمْ يَجُزْ قَطْعُهَا . وَإِنْ كَانَتْ نَائِبَةً فِي

(٧) فِي ب ، م ، : قَلَمٌ .

(٨) فِي الْأَصْلِ ، أ ، : : الْإِصْبَعُ .

السُّفْلَى أَوْ الْوُسْطَى ، فله قطع ما قَرَّبَهَا مِنَ الْأَنْبِلِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَتَأْخُذُ^(٩) أَرْضَ الْأُتْمَلَةِ الَّتِي تُعَذَّرُ قَطْعُهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَيَتَّبِعُ ذَلِكَ خُمْسَ الْكَفِّ .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ ذَوِيدَ لَهَا أَظْفَارَ يَدٍ مِنْ لَا أَظْفَارَ لَهُ ، لَمْ يَجُزِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّ الْكَامِلَةَ لَا تُؤْخَذُ بِالنَّقْصَةِ . وَإِنْ كَانَتْ الْمَقْطُوعَةُ ذَاتَ أَظْفَارٍ ، إِلَّا أَنَّهَا خَضِرَاءُ ، أَوْ مُسْتَحْشِفَةٌ ، أُخِذَ نَابِهَا السَّلِيمَةُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عِلَّةٌ وَمَرَضٌ ، وَالْمَرَضُ لَا يَمْنَعُ الْقِصَاصَ ، بِدَلِيلِ أَنَّا نَأْخُذُ الصَّحِيحَ بِالسَّقِيمِ .

١٤٥٣ - مسألة : قَالَ : (وَإِنْ كَانَ الْقَاطِعُ أَشْلً ، وَالْمَقْطُوعَةُ سَالِمَةً ، فَشَاءَ الْمَظْلُومُ اخْتِذَاهَا ، فَذَلِكَ لَهُ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهَا . وَإِنْ شَاءَ عَقَا ، وَأَخَذَ دِيَّةَ يَدِهِ)

أَمَّا إِذَا اخْتَارَ الدِّيَّةَ ، فَلَهُ دِيَّةُ يَدِهِ ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ / لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ عَلَى الْكَامِلِ بِالْقِصَاصِ ، فَكَانَتْ لَهُ الدِّيَّةُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْقَاطِعِ يَدٌ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَإِنْ اخْتَارَ الْقِصَاصَ ، سُئِلَ أَهْلُ الْخِيبَةِ ، فَإِنْ قَالُوا : إِنَّهُ إِذَا قُطِعَ لَمْ تَنْسُدْ الْعُرُوقَ ، وَدَخَلَ الْهَوَاءُ إِلَى الْبَدَنِ فَافْسَدَهُ . سَقَطَ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ اخْتِذَ نَفْسٍ بِطَرَفٍ . وَإِنْ أَمِنَ هَذَا ، فَلَهُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِدُونِ حَقِّهِ ، فَكَانَ لَهُ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ رَضِيَ الْمُسْلِمُ بِالْقِصَاصِ مِنَ الدَّمِيِّ ، وَالرُّجُلُ مِنَ الْمَرْأَةِ ، وَالْجُرْمُ مِنَ الْعَبْدِ ، وَلَيْسَ لَهُ مَعَ الْقِصَاصِ أَرْضٌ ؛ لِأَنَّ الشَّلَاءَ كَالصَّحِيحَةِ فِي الْخِلْقَةِ ، وَإِنَّمَا تَقَصَّصَتْ فِي الصَّفَةِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَرْضٌ ، كَالصُّورِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : عِنْدِي لَهُ أَرْضٌ مَعَ الْقِصَاصِ . عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ فِي عَيْنِ الْأَعْوَرِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ فَإِنَّ الْإِحَاقَ هَذَا الْفَرْجَ بِالْأَصُولِ الْمُتَّقِ عَلَيْهِ ، أَوَّلَى مِنَ الْإِحَاقِ بِفَرْجٍ مُخْتَلِفٍ فِيهِ ، خَارِجٍ عَنِ الْأَصُولِ ، مُخَالِفٍ لِلْقِيَاسِ .

فصل : وَتُؤْخَذُ الشَّلَاءُ بِالشَّلَاءِ ، إِذَا أَمِنَ فِي الاسْتِيفَاءِ الزَّهَادَةُ . وَقَالَ أَصْحَابُ

(٩) فِي ب : وَتَأْخُذُ .

الشافعي ، لا تُؤخذُ بها ، في أحد الوجهين ؛ لأنَّ الشَّلَّ (١) عِلَّةٌ (٢) ، والعللُ يَخْتَلِفُ تأثيرُها في البدنِ ، فلا تَحَقُّقُ المُعَاتَلَةِ بينهما . ولنا ، أنَّهما مُتَمَاثِلانِ في ذاتِ العَضْوِ وصِفَتِهِ ، فجاز أخذُ إحداهما بالأخرى ، كالصَّحِيحَةِ بالصَّحِيحَةِ .

فصل : وتؤخذُ النَّاقِصَةُ بالنَّاقِصَةِ ، إذا تساوَّا فيه ، بأن يكونَ المَقْطُوعُ من يَدِ الجاني كالمَقْطُوعِ من يَدِ المَجْنُونِ عليه ؛ لأنَّهما تساوَّا في الذَّاتِ والصَّغَةِ . فأما إن اختلفا ، فكان المَقْطُوعُ من يَدِ أحدهما الإِثْهَامَ ، ومن الأخرى إصْبَعٌ غَيْرُهَا ، لم يَجْزِ الإِقْصَاصُ ؛ لأنَّ فيه أَخْذَ إصْبَعٍ بغيرِهَا . وإن كانت يَدُ أَحَدِهِمَا نَاقِصَةً إصْبَعًا ، والأُخْرَى نَاقِصَةً تِلْكَ الإِصْبَعِ وأُخْرَى (٣) ، جاز أَخْذُ النَّاقِصَةِ إصْبَعَيْنِ النَّاقِصَةِ إصْبَعًا . وهل له أَرْضُ إصْبَعِهِ الزَّائِدَةِ ؟ فيه وَجْهَان . ولا يَجُوزُ أَخْذُ الأُخْرَى بها ؛ لأنَّ الكَامِلَةَ لا تُؤْخَذُ بالنَّاقِصَةِ .

فصل : ويجوزُ أَخْذُ النَّاقِصَةِ بالكَامِلَةِ ؛ لأنَّها دونُ حَقِّهِ . وهل له أَخْذُ دِيَّةٍ لأَصَابِعِ النَّاقِصَةِ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، له ذلك . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ، واختيارُ ابنِ حَامِدٍ . / والثاني ، ليس له مع الإِقْصَاصِ أَرْضُ . وهو مذهبُ أُمِّي حَنِيفَةَ ، وقياسُ قولِ أُمِّي بَكْرِ ؛ لِئَلَّا يُغْضَى إِلَى الجَمْعِ بينَ قِصَاصِ (٤) وَدِيَّةٍ فِي عَضْوٍ وَاحِدٍ . وقال القَاضِي : قياسُ قولِهِ سُقُوطُ الإِقْصَاصِ ، كقولِهِ في مَنْ قَطَعَتْ يَدُهُ مِنْ نِصْفِ الذَّرَاعِ ، وليس كذلك ؛ لأنَّه يَقْتَضِ مِنْ مَوْضِعِ الجِنَايَةِ ، وَيَضَعُ الحَدِيدَةَ فِي مَوْضِعِ وَضْعِهَا الجَانِي ، فَمَلَّكَ ذَلِكَ ، كما لَوْ جَنَى عَلَيْهِ فَوْقَ المَوْضِعِ ، أو كَانَ رَأْسُ الشَّاجِ أَصْغَرَ ، أو أَخَذَ الشَّلَاءَ بالصَّحِيحَةِ . وَيُنَاقِضُ القَاطِعُ مِنْ نِصْفِ الذَّرَاعِ ؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُ الإِقْصَاصُ مِنْ مَوْضِعِ الجِنَايَةِ . هَكَذَا حَكَاهُ الشَّرِيفُ ، عَنْ أُمِّي بَكْرِ .

(١) ف ب ، م : : الشَّلَاءُ .

(٢) ف م : : عِلَّةٌ .

(٣) ف م : : فَأُخْرَى .

(٤) ف م : : الإِقْصَاصُ .

فصل: وإن كانت يَدُ القاطع والمُجَنَّى عليه كالمِثْنَيْنِ، [و] في يَدِ المَجْنِيِّ عليه إصْبَعٌ زائدة، فعلى قول ابن حامد، لا عِبرَةٌ بالزائدة؛ لأنها بمنزلة الخُرَاجِ والسَّلْعَةِ. وعلى قول غيره، له قُطْعٌ يَدِ الجاني. وهل له حُكُومَةٌ في الزائدة؟ على وجهين. وإن قُطِعَ مَنْ له خَمْسُ أصابعٍ أصليَّةٍ، كُفٌّ مَنْ له أَرْبَعُ أصابعٍ أصليَّةٍ، وإصْبَعٌ زائدة، أو قُطِعَ مَنْ له أَرْبَعُ أصابعٍ أصليَّةٍ^(٥)، وإصْبَعٌ زائدة، كُفٌّ مَنْ له خَمْسُ أصابعٍ أصليَّةٍ، فلا قِصَاصَ في الصُّورَةِ الأولى؛ لأنَّ الأصليَّةَ لا تُؤْخَذُ بالزائدة. وله القِصَاصُ في الصُّورَةِ الثانية، في قول ابن حامد؛ لأنَّ الزائدة لا عِبرَةَ بها. وقال غيره: إن لم تكن الزائدة في مَحَلِّ الأصليَّةِ، فلا قِصَاصَ أيضًا؛ لأنَّ الإصْبَعَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ. وإن كانت في مَحَلِّ الأصليَّةِ، فقال القاضي: يَجْرَى القِصَاصُ. وهو مذهب الشافعي، ولا شيء له لتَقْصِصِ الزائدة. وهذا فيه نَظَرٌ؛ فإنَّها متى كانت في مَحَلِّ الأصليَّةِ، كانت أصليَّةً، لأنَّ الزائدة هي التي زادت عن عَدَدِ الأصابع، أو كانت في غير مَحَلِّ الأصابع، وهذا له خَمْسُ أصابعٍ في مَحَلِّها، فكانت كُلُّها أصليَّةً. فإن قالوا: معنى كَوْنِها زائدةً، أنَّها ضَعِيفَةٌ ماثِلَةٌ عن سَمَتِ الأصابع. قلنا: ضَعْفُها لا يُوجِبُ كَوْنِها زائدةً، كذَكَرِ العَيْنَيْنِ، وأما مِثْلُها عن سَمَتِ^(٦) الأصابع، فإنَّها إن لم تكن نابتةً في مَحَلِّ الإصْبَعِ المَعْدُومَةِ، فسَدَّ قولُهم إنَّها في مَحَلِّها، وإن كانت نابتةً في مَوْضِعِها، وإنَّما مَالَ رَأْسُها واغْوِجَّتْ، فهذا مَرَضٌ/ لا يُخْرِجُها عن كَوْنِها أصليَّةً.

٥٣/٩ ط

فصل: وإذا قُطِعَ إصْبَعُهُ، فأصابه من جُرْحِها أَكِلَةٌ في يَدِهِ، وسَقَطَتْ من مَفْصِلِ، ففيها القِصَاصُ. وإن بَادَرَهَا صَاحِبُها، فَقُطِعَها من الكَوِّجِ، فَلَا تُسْرَى إلى سائرِ جَسَدِهِ، ثم ائْتَمَلَ جُرْحُها، فعلى الجاني القِصَاصُ في الإصْبَعِ، والحُكُومَةُ فيما تَأْكُلُ من الكُفِّ، ولا شيء عليه فيما قَطَعَهُ المَجْنِيُّ عليه؛ لأنَّه تَلَفٌ يَفْعَلُهُ. وإن لم

(٥) سقط من: الأصل، ١، ب.

(٦) سقط من: الأصل، م.

يَتَدَمَّلُ ، ومات من ذلك ، فالجاني شريك نفسه ، فيَحْتَمِلُ وَجُوبُ الْقِصَاصِ عليه ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ^(٧) ، إِنَّمَا قَصَدَ بِهِ الْمَصْلَحَةُ ، فَهُوَ عِنْدَ الْخَطِئِ ، وَشَرِيكَ الْخَاطِئِ لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّينِ . وَإِنْ قَطَعَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ مَوْضِعَ الْأَكِلَةِ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ قَطَعَ لَحْمًا مَيِّتًا ، ثُمَّ سَرَتْ الْجَنَائَةُ ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الْجَنَانِيِّ ؛ لِأَنَّهُ سِرَافَةٌ جُرْجِهِ خَاصَّةٌ ، وَإِنْ كَانَ فِي لَحْمٍ حَيٍّ ، فَمَاتَ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ قَطَعَهَا خَوْفًا مِنْ سِرَافَتِهَا .

فصل : وَإِذَا قَطَعَ أَثْمَلَةٌ لَهَا طَرَفَانِ ، إِحْدَاهُمَا زَائِدَةٌ وَالْأُخْرَى أُصْلِيَّةٌ ، فَإِنْ كَانَتْ أَثْمَلَةُ الْقَاطِعِ ذَاتَ طَرَفَيْنِ أَيْضًا ، أُخِذَتْ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ذَاتَ طَرَفَيْنِ . قُطِعَتْ ، وَعَلَيْهِ حُكُومَةٌ فِي الزَّائِدَةِ . وَإِنْ كَانَتْ الْمَقْطُوعَةُ ذَاتَ طَرَفٍ وَاحِدٍ ، وَأَثْمَلَةُ الْقَاطِعِ ذَاتَ طَرَفَيْنِ ، أُخِذَتْ بِهَا ، فِي قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ . وَعَلَى قَوْلِ غَيْرِهِ ؛ لَا قِصَاصَ فِيهَا ، وَلَهُ دِيَّةٌ أَثْمَلِيَّةٌ . وَإِنْ ذَهَبَ الطَّرْفُ الزَّائِدُ ، فَلَهُ اسْتِيفَاءٌ . وَإِنْ قَالَ : أَنَا أَصْبِرُ حَتَّى يَذْهَبَ الزَّائِدُ ثُمَّ أَقْتَصِرُ . فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ حَقَّهُ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى تَعْجِيلِ اسْتِيفَائِهِ .

فصل : وَلَوْ قَطَعَ أَثْمَلَةُ رَجُلٍ الْعُلْيَا ، ثُمَّ قَطَعَ أَثْمَلَةَ آخَرِ الْوُسْطَى ، ثُمَّ قَطَعَ السُّفْلَى مِنْ ثَالِثٍ ، فَلِلْأَوَّلِ الْقِصَاصُ مِنَ الْعُلْيَا ، ثُمَّ لِلثَّانِي أَنْ يَقْتَصِرَ مِنَ الْوُسْطَى ، ثُمَّ لِلثَّالِثِ أَنْ يَقْتَصِرَ مِنَ السُّفْلَى ، سِوَاءَ جَاءُوا دَفْعَةً وَاحِدَةً ، أَوْ وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا قِصَاصَ إِلَّا فِي الْعُلْيَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ فِي غَيْرِهَا حَالُ الْجَنَائَةِ ، لِتَعَذُّرِ اسْتِيفَائِهِ ، فَلَمْ يَجِبْ بَعْدَ ذَلِكَ كَمَا لَوْ كَانَ غَيْرَ مُكَافٍ فِي حَالِ الْجَنَائَةِ ، ثُمَّ صَارَ مُكَافِئًا بَعْدَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ تَعَذُّرَ الْقِصَاصِ لَا تَنْصِلُ مَحَلَّهُ بغيرِهِ لَا يَمْنَعُهُ إِذَا زَالَ الْإِتِّصَالُ ، / كَمَا لَوْ جَنَسَ الْحَامِلُ . وَيَفَارِقُ عَدَمُ التَّكَافُؤِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذُّرٌ لِمَعْنَى فِيهِ ، وَهَهُنَا تَعَذُّرٌ لِإِتِّصَالٍ غَيْرِهِ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ جَاءَ صَاحِبُ الْوُسْطَى أَوْ السُّفْلَى يَطْلُبُ الْقِصَاصَ قَبْلَ صَاحِبِ الْعُلْيَا ، لَمْ يُعْطِهُ ؛ لِأَنَّ فِي اسْتِيفَائِهِ إِثْلَافَ أَثْمَلَةٍ لَا يَسْتَحِقُّهَا ، وَقِيلَ لَهَا :

٥٤/٩

(٧) سقط من : ب ، م .

إِذَا أَنْ تُصْبِرَ اِحْتِ ثَلَعَمَا مَا يَكُونُ مِنَ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ اقْصَرَ فَلِكُمَا الْقِصَاصُ ، وَإِنْ عَفَا فَلَا قِصَاصَ لَكُمَا ، وَإِذَا أَنْ تَرْضَى بِالْعَقْلِ . فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُ الْعُلْيَا فَاقْصُرْ ، فَلِلثَلَاثِ الْاِقْصَاصُ ، وَحُكْمُ الثَّالِثِ مَعَ الثَّانِي كَحُكْمِ الثَّانِي مَعَ الْأَوَّلِ ، وَإِنْ عَفَا ، فَلَهُمَا الْعَقْلُ ، فَإِنْ قَالَا : نَحْنُ نَصْبِرُ وَنَنْتَظِرُ^(٨) بِالْقِصَاصِ أَنْ نَسْقُطَ الْعُلْيَا بِمَرْضَى أَوْ نَحْوِهِ ، ثُمَّ نَقْصُرْ . لَمْ يُنْتَعَمَا مِنْ ذَلِكَ . وَإِنْ قَطَعَ صَاحِبُ الْوُسْطَى وَالْعُلْيَا ، فَعَلِيهِ دِيَّةُ الْعُلْيَا ، تُدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ الْعُلْيَا . وَإِنْ قَطَعَ الْإِصْبَعُ كُلُّهُمَا ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ فِي الْأُثْمَلَةِ الثَّالِثَةِ ، وَعَلِيهِ أَرْضُ الْعُلْيَا لِلأَوَّلِ ، وَأَرْضُ السُّفْلَى عَلَى الْجَانِبِي لِصَاحِبِهَا ، وَإِنْ عَفَا الْجَانِبِي عَنْ قِصَاصِهَا ، وَجَبَ أَرْضُهَا ، يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ ، لِيَدْفَعَهُ إِلَى الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ أُثْمَلَةُ رَجُلِ الْعُلْيَا ، ثُمَّ قَطَعَ أُثْمَلَتِي آخَرِ الْعُلْيَا وَالْوُسْطَى مِنْ تِلْكَ الْإِصْبَعِ ، فَلِلأَوَّلِ قَطْعُ الْعُلْيَا ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، ثُمَّ يَقْطَعُ الثَّانِي الْوُسْطَى ، وَيَأْخُذُ أَرْضَ الْعُلْيَا مِنْهُ . فَإِنْ بَادَرَ الثَّانِي فَقَطَعَ الْأُثْمَلَتَيْنِ ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَتَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ لِلأَوَّلِ ، وَلَهُ الْأَرْضُ عَلَى الْجَانِبِي . وَإِنْ كَانَ قَطَعَ الْأُثْمَلَتَيْنِ أَوَّلًا ، قَدَّمْنَا صَاحِبَهُمَا^(٩) فِي الْقِصَاصِ ،^(١٠) وَوَجِبَ لِصَاحِبِ الْعُلْيَا أَرْضُهَا^(١١) . وَإِنْ بَادَرَ صَاحِبُهُمَا فَقَطَعَهَا ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَتَقَطَعَ الْوُسْطَى لِلأَوَّلِ ، وَيَأْخُذُ الْأَرْضَ لِلْعُلْيَا . وَلَوْ قَطَعَ أُثْمَلَةُ رَجُلِ الْعُلْيَا ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْقَاطِعِ عُلْيَا ، فَاسْتَوْفَى الْجَانِبِي مِنَ الْوُسْطَى ، فَإِنْ عَفَا إِلَى الدِّيَّةِ ، تَقَاصَا وَتَسَاقَطَا ؛ لِأَنَّ دِيَّتَهُمَا وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ اخْتَارَ الْجَانِبِي الْقِصَاصَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَيَدْفَعُ أَرْضَ الْعُلْيَا . وَيَعْبَى عَلَى قَوْلِ أَفِي بَكْرِ ، أَنَّ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّ دِيَّتَهُمَا وَاحِدَةٌ ، وَاسْمُ الْأُثْمَلَةِ بِشْمَلَهُمَا^(١٢) ، فَتَسَاقَطَا ، كَقَوْلِهِ فِي إِحْدَى الْيَدَيْنِ بَدَلًا عَنْ الْأُخْرَى .

(٨) فِي ب ، م : : وَنَنْتَظِرُ .

(٩) فِي م نَادَا : : قَطَعْنَاهَا .

(١٠-١١) فِي م : : لِلأَوَّلِ وَلَهُ الْأَرْضُ عَلَى الْجَانِبِي .

(١٢) فِي م : : بِشْمَلَهَا .

١٤٣٤ - مسألة : قال : (وَإِذَا قِيلَ لَهُ وَلِيَّانِ : بَالِغٌ ، وَطِفْلٌ أَوْ غَائِبٌ ، لَمْ يُقْتَلَ حَتَّى / يُقَدَّمَ الْغَائِبُ وَيُتْلَعَ الطِّفْلُ)

٥٤/٩ ظ

وجملته أن ورثة القَتِيل إذا كانوا أكثر من واحد ، لم يُجْزَ لبعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقيين ، فإن كان بعضهم غائبًا ، انتظر قُدُومَه ، ولم يُجْزَ للحاضر الاستيفاء بالاستيفاء ، بغير خلاف عِلْمِنَاه ، وإن كان بعضهم صغيرًا أو مجنونًا ، فظاهر مذهب أحمد ، رحمه الله ، أنه ليس لغيرهما الاستيفاء حتى يتلّع الصغير ويحقق المجنون . وهذا قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وأبو يوسف ، وإسحاق ، ويروى ذلك ^(١) عن عمر بن عبد العزيز ، رحمه الله . وعن أحمد ، رواية أخرى : للكبار العلاء استيفاءه . وبه قال حماد ، ومالك ، والأوزاعي ، والليث ، وأبو حنيفة ؛ لأن الحسن بن علي ، رضي الله عنهما ، قَتَلَ ابنَ مُلْجَمٍ قِصاصًا ، وفي الورثة صغيرًا ، فلم يُنْكَرْ ذلك ^(٢) ، ولأن ولاية القصاص هي استحقات استيفائه ، وليس للصغير هذه الولاية . ولنا ، أنه قِصاصٌ غير مُتَحَيِّمٍ ، ثَبَتَ لجماعةٍ مُعَيَّنِينَ ، فلم يُجْزَ لأحدهم استيفاءه استقلالًا ، كما لو كان بين حاضر وغائب ، أو أخذ بذلي النفس ، فلم يُنفَرِدْ به بعضهم كالذية ، والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حق أربعة أمور ؛ أحدها ، أنه لو كان مُنفَرِدًا لَاسْتَحَقَّهُ ، ولو نَافَاهُ الصَّغُرُ مع غيره لَنَافَاهُ مُنفَرِدًا ، كولاية النكاح . والثاني ، أنه لو بَلَغَ لَاسْتَحَقَّ ^(٣) ، ولو لم يكن مُسْتَحَقًّا عِنْدَ المَوْتِ لم يكن مُسْتَحَقًّا بعده ، كالرقيق إذا عَتَقَ بعد مَوْتِ أَبِيهِ . والثالث ، أنه لو صار الأمر إلى المال ، لَاسْتَحَقَّ ، ولو لم يكن مُسْتَحَقًّا للقصاص لَمَا اسْتَحَقَّ بِذَلِكَ ، كالأجنبي . والرابع ، أنه لو مات الصغير لَاسْتَحَقَّهُ وَرَثَتُهُ ، ولو لم يكن حقًا لم يرَته ، كسائر ما لم يَسْتَحَقَّهُ ، فأما ابنُ مُلْجَمٍ ، فقد قيل :

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب من زعم أن للكبار أن يقتصروا قبل بلوغ الصغار ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى

٥٨/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يقتل وله ولد صغير ، من كتاب الديات . المصنف ٣٦٨/٩ .

(٣) في الأصل ، ب : لا يستحق .

إِنَّهُ قَتَلَهُ لِكُفْرِهِ^(٤) ، ولأنه^(٥) قَتَلَ عَلِيًّا مُسْتَحِلًّا لِدَمِهِ ، مُعْتَقِدًا كُفْرَهُ ، مُتَقَرِّبًا بِذَلِكَ إِلَى اللَّهِ تعالى . وقيل : قَتَلَهُ لِسُتْعِهِ فِي الْأَرْضِ بِالْفَسَادِ ، وإظهارِ السَّلَاحِ ، فيكونُ كَقَاطِيعِ الطَّرِيقِ إِذَا قُتِلَ . وَقَتْلُهُ مُتَحْتَمٌّ ، وهو إِلَى الْإِمَامِ ، وَالْحَسَنُ هُوَ الْإِمَامُ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَنْتَظِرِ الْغَائِبِينَ مِنَ الْوَرِثَةِ . وَلَا خِلَافَ بَيْنَنَا / فِي وُجُوبِ انْتِظَارِهِمْ ، وَإِنْ قُدِّرَ أَنَّهُ قَتَلَهُ قِصَاصًا ، فَقَدْ اتَّفَقْنَا عَلَى خِلَافِهِ ، فَكَيْفَ يَحْتَجُّ بِهِ بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ وَاحِدًا صَغِيرًا ، كَصَبِيِّ قَتَلَتْ أُمُّهُ ، وَلَيْسَتْ زَوْجَةً لِأَبِيهِ ، فَالْقِصَاصُ لَهُ ، وَلَيْسَ لِأَبِيهِ وَلَا غَيْرِهِ^(٦) اسْتِيفَاؤُهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : لَهُ اسْتِيفَاؤُهُ . وَكَذَلِكَ الْحَكْمُ فِي الْوَصِيِّ وَالْحَاكِمِ ، فِي الطَّرْفِ دُونَ النَّفْسِ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي مَوْضِعٍ فِي الْأَبِ رِوَايَتَيْنِ ، وَفِي مَوْضِعٍ وَجْهَيْنِ ، أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِهِمَا^(٧) : لِأَنَّ الْقِصَاصَ أَحَدُ بَدَلَيِ النَّفْسِ ، فَكَانَ لِلْأَبِ اسْتِيفَاؤُهُ ، كَالَّذِي . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ بِزَوْجَتِهِ ، فَلَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ لَهُ ، كَالْوَصِيِّ ، وَلَئِنْ الْقَصْدُ الشَّفَقِيُّ وَذَرَكُ الْغَيْظِ ، وَلَا يَحْصُلُ^(٨) ذَلِكَ بِاسْتِيفَاءِ الْوَلِيِّ . وَيُخَالِفُ الدَّيَّةَ ، فَإِنَّ الْغَرَضَ يَحْصُلُ بِاسْتِيفَاءِ الْأَبِ لَهُ ، فَاقْتَرَفَا ، وَلَئِنْ الدَّيَّةَ إِنَّمَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءُهَا إِذَا تَعَيَّنَتْ ، وَالْقِصَاصُ لَا يَتَعَيَّنُ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ الْعَفْوُ إِلَى الدَّيَّةِ ، وَالصُّلْحُ عَلَى مَا لِيَ أَكْثَرُ مِنْهَا وَأَقَلُّ ، وَالدَّيَّةُ بِخِلَافِ ذَلِكَ .

فصل : وَكُلُّ مَوْضِعٍ وَجِبَ تَأْخِيرُ الاسْتِيفَاءِ ، فَإِنَّ الْقَاتِلَ يُحْبَسُ حَتَّى يَتَلَعَ الصَّبِيُّ ، وَيُعْقَلَ الْمَجْنُونُ ، وَيَقْدَمَ الْغَائِبُ ، وَقَدْ حَبَسَ مُعَاوِيَةُ هَذَبَةَ بَنِ حَشْرَمٍ فِي قِصَاصِ حَتَّى يَتَلَعَ ابْنُ الْقَتِيلِ ، فِي عَصْرِ الصُّحَايَةِ ، فَلَمْ يَنْكَرْ ذَلِكَ ، وَبَذَلَ الْحَسَنُ وَالْحُسَيْنُ وَسَعِيدُ بْنُ

(٤) م : ٥ بكفره .

(٥) سقطت الواو من : م .

(٦) ق ب : لغوي .

(٧) م : ٥ كقولنا .

(٨) ق ب : ٥ يحمل .

العاصي لا يئن القتل سبيح ديات ، فلم يَقْبَلْهَا^(٩) . فإن قيل : فلم لا يُخْلِى سَبِيلُهُ كَالْمُعْسِرِ
 بِالذَّيْنِ ؟ قُلْنَا : لَأَنَّ فِي تَحْلِيلَتِهِ تَضْيِيعًا لِلْحَقِّ ، فَإِنَّهُ لَا يُؤْمِنُ هَرَبُهُ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ
 الْمُعْسِرِ مِنْ وَجُوهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ قَضَاءَ الذَّيْنِ لَا يَجِبُ مَعَ الْإِعْسَارِ ، فَلَا يُجْبَسُ بِمَا لَا
 يَجِبُ ، وَالْقِصَاصُ هُنَا وَاجِبٌ ، وَإِنَّمَا تُعَذَّرُ الْمُسْتَوْفَى . الثَّانِي ، أَنَّ الْمُعْسِرَ إِذَا
 حَبَسْنَاهُ تُعَذَّرُ^(١٠) الْكَسْبُ لِقَضَاءِ الذَّيْنِ ، فَلَا يُفِيدُ ، بَلْ يَضُرُّ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، وَهُنَا الْحَقُّ
 نَفْسُهُ يُقَوِّتُ بِالتَّخْلِيَةِ لَا بِالْحَبْسِ . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ قَدْ اسْتَحَقَّ قَتْلَهُ ، وَفِيهِ تَقْوِيَةٌ نَفْسِيَّةٌ
 وَتَفْعِيَّةٌ ، فَإِذَا تُعَذِّرُ تَقْوِيَتُ نَفْسِهِ ، جَازَ تَقْوِيَتُ تَفْعِيَّةٍ لِامْتِنَانِهِ . فَإِنْ / قِيلَ : فَلِمَ يُجْبَسُ
 مِنْ أَجْلِ الْغَائِبِ ، وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ عَلَيْهِ وَلَايَةٌ إِذَا كَانَ مُكَلَّفًا رَشِيدًا ، وَلِذَلِكَ لَوْ وَجَدَ بَعْضُ
 نَمَالِهِ مَغْصُوبًا لَمْ يَمْلِكِ التَّيْرَاعُ ؟ قُلْنَا : لَأَنَّ فِي الْقِصَاصِ حَقًّا لِلْمَيِّتِ ، وَلِلْحَاكِمِ عَلَيْهِ
 وَلَايَةٌ ، وَلِهَذَا تُنْفَذُ وَصَايَاهُ مِنَ الدِّيَةِ ، وَتَقْضَى ذُبُونُهُ مِنْهَا ، فَتُظَاهَرُ أَنَّ يَجِدُ الْحَاكِمُ مِنْ تَرْكِ
 الْمَيِّتِ فِي يَدِ إِنْسَانٍ شَيْفًا غَضَبًا ، وَالْوَارِثُ غَائِبٌ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ . وَلَوْ كَانَ الْقِصَاصُ
^(١١) 'لِحَيٍّ فِي' طَرَفِهِ ، لَمْ يَتَعَرَّضْ لِمَنْ هُوَ عَلَيْهِ . فَإِنْ أَقَامَ الْقَاتِلُ كَفِيلًا بِنَفْسِهِ لِيُخْلِى
 سَبِيلُهُ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لَأَنَّ الْكَفَالَةَ لَا تَصِحُّ فِي الْقِصَاصِ ، فَإِنْ فَاذِنَتْهَا اسْتِيفَاءُ الْحَقِّ مِنْ
 الْكَفِيلِ إِنْ تُعَذَّرُ إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنْ غَيْرِ الْقَاتِلِ ، فَلَمْ تَصِحَّ
 الْكَفَالَةُ بِهِ كَالْحَدِّ ، وَلَأَنَّ فِيهِ تَغْرِيرًا بِحَقِّ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ رُبَّمَا خَلَى سَبِيلَهُ فَهَرَبَ ،
 فَضَاعَ الْحَقُّ .

فصل : فَإِنْ قَتَلَهُ بَعْضُ الْأَوْلِيَاءِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْبَاقِينَ ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ قِصَاصٌ . وَبِهَذَا قَالَ
 أَبُو حَنِيفَةَ ، وَهُوَ أَخَذَ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ، وَالْقَوْلُ الْأَخِيرُ ، عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ مَنُوعٌ مِنْ
 قَتْلِهِ ، وَبَعْضُهُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ لَهُ ، وَقَدْ يَجِبُ الْقِصَاصُ بِإِثْلَافِ بَعْضِ النَّفْسِ ، بِدَلِيلِ مَالِ
 اشْتَرَكِ الْجَمَاعَةُ فِي قَتْلِ وَاحِدٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُشَارِكٌ فِي اسْتِحْقَاقِ الْقَتْلِ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ

(٩) انظر : الكامل ، للمبرِّد ٨٤/٤ ، ٨٥ .

(١٠) في ب : لا تُعَذَّرُ .

(١١-١١) في الأصل ، م : في لحي .

الْقِصَاصُ ، كَالُو كَانَ مُشَارِكًا فِي مِلْكِ الْجَارِيَةِ وَوَطَئَهَا ، وَلَآئِهٖ مَحَلٌّ يَمْلِكُ بَعْضُهُ ، فَلَمْ تَحِبَّ الْعُقُوبَةُ الْمُقَدَّرَةُ بِاسْتِيفَائِهِ كَالْأَصْلِ . وَيُقَارَقُ إِذَا قَتَلَ الْجَمَاعَةُ وَاحِدًا ، فَإِنَّا لَا نُوجِبُ الْقِصَاصَ بِقَتْلِ بَعْضِ النَّفْسِ ، وَإِنَّمَا نَجْعَلُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَاتِلًا لْجَمِيعِهَا ، وَإِنْ سَلَّمْنَا وَجُوبَهُ عَلَيْهِ لِقَتْلِهِ بَعْضَ النَّفْسِ ، فَمِنْ شَرْطِهِ ^(١٢) الْمُشَارَكَةُ لِمَنْ فَعَلَهُ ، كَيْفَ عَلَيْهِ فِي الْعَمْدِ وَالْعُدْوَانِ ، وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ ^(١٣) هَهُنَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ لِلْوَلِيِّ الَّذِي لَمْ يَقْتُلْ قِسْطَهُ مِنَ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مِنَ الْقِصَاصِ سَقَطَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لُو مَاتَ الْقَاتِلُ أَوْ عَفَا بَعْضُ الْأَوْلِيَاءِ . وَهَلْ يَجِبُ ذَلِكَ عَلَى قَاتِلِ الْجَانِي ، أَوْ فِي تَرْكَةِ الْجَانِي ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَلِلشَافِعِيِّ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَرْجِعُ عَلَى قَاتِلِ الْجَانِي ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَحَلَّ حَقِّهِ ، فَكَانَ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ بِعَوَضٍ نَصِيبِهِ ، كَالُو كَانَتْ لَهُ وَدِيعَةٌ فَأَتْلَفَهَا . / وَالثَّانِي ، يَرْجِعُ فِي تَرْكَةِ الْجَانِي ، كَالُو أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ ، أَوْ عَفَا شَرِيكَهُ عَنِ الْقِصَاصِ . وَقَوْلُنَا : أَتْلَفَ مَحَلَّ حَقِّهِ ، يَتَبَلَّلُ بِمَا إِذَا أَتْلَفَ مُسْتَأْجِرَهُ أَوْ غَرِيمَهُ أَوْ امْرَأَتَهُ ، أَوْ كَانَ الْمُتْلَفُ أَجْنَبِيًّا ، وَيُقَارَقُ الْوَدِيعَةُ ، فَإِنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لِّهُمَا ، فَوَجِبَ عَوَضُ مِلْكِهِ ، أَمَّا الْجَانِي فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا لَهُ عَلَيْهِ حَقٌّ ، فَأَشْبَهَ مَا لُو قَتَلَ غَرِيمَهُ . فَعَلَى هَذَا ، يَرْجِعُ وَرَثَةُ الْجَانِي عَلَى قَاتِلِهِ بِدِيَةِ مُورَثِهِمْ ^(١٤) إِلَّا قَدَّرَ حَقَّهُ مِنْهَا . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ كَانَ الْجَانِي أَقْلَ دِيَّةٍ مِنْ قَاتِلِهِ ، مِثْلَ امْرَأَةٍ قَتَلَتْ رَجُلًا لَهُ ابْنَانِ ، فَقَتَلَهَا أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْآخَرِ ، فَلَا خَيْرَ نَصْفٍ دِيَّةٍ أَبِيهِ فِي تَرْكَةِ الْمَرْأَةِ الَّتِي قَتَلَتْهُ ، وَيَرْجِعُ وَرَثَتُهَا يَنْصِفُ دِيَّتِهَا عَلَى قَاتِلِهَا ، وَهُوَ رُبْعُ دِيَّةِ الرَّجُلِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَرْجِعُ الْابْنُ الَّذِي لَمْ يَقْتُلْ عَلَى أَبِيهِ يَنْصِفُ دِيَّةَ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقُوتْ عَلَى أَبِيهِ إِلَّا نِصْفَ الْمَرْأَةِ ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى وَرَثَةِ الْمَرْأَةِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ أَحَاهُ الَّذِي قَتَلَهَا أَتْلَفَ جَمِيعَ الْحَقِّ . وَهَذَا يُدْخِلُ عَلَى ضَعْفِ هَذَا الْوَجْهِ . وَمِنْ فَوَائِدِهِ أَيْضًا ، صِحَّةُ إِبْرَاءٍ مَنْ حَكَمْنَا بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ ، وَمِلْكُ مُطَالَبَتِهِ ، فَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ عَلَى وَرَثَةِ الْجَانِي .

٥٧٩

(١٢) قى ب : شرط .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) قى ب : موروثه .

صَحَّ إِبرَاهِيمَ ، وَمَلَكَوا الرُّجُوعَ عَلَى قَاتِلِ مَوْرُوْثِهِمْ بِقِسْطِ أَخِيهِ الْعَافِي . وَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ عَلَى ^(١) شَرِيكِهِ . مَلَكَ مُطَالَبَتَهُ ، وَصَحَّ إِبرَاهِيمُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَوْرِيَّةِ الْجَانِي مُطَالَبَتُهُ بِشَيْءٍ . وَمِنْهَا أَنَا ، إِذَا قُلْنَا : يَرْجِعُ عَلَى ^(٢) تَرْكِ الْجَانِي . وَلَهُ تَرْكُهُ ، فَلَهُ الْأَخْذُ مِنْهَا ، سَوَاءً أَمْكَنَ وَرَثَتُهُ أَنْ يَسْتَوْفُوا مِنَ الشَّرِيكِ ، أَوْ لَمْ يُمَكِّنْهُمْ . وَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ . لَمْ يَكُنْ لَهُ مُطَالَبَةٌ وَرَثَةِ الْجَانِي ، سَوَاءً كَانَ شَرِيكُهُ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا .

١٤٥٥ - مسألة : قَالَ : (وَمَنْ عَفَا مِنْ وَرَثَةِ الْمَقْتُولِ عَنِ الْقِصَاصِ ، لَمْ يَكُنْ إِلَى الْقِصَاصِ سَبِيلَ ، وَإِنْ كَانَ الْعَافِي زَوْجًا أَوْ زَوْجَةً)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى إِجَازَةِ الْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ ، وَأَنَّهُ أَفْضَلُ . وَالْأَصْلُ فِيهِ ^(١) الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى فِي سَبَاقِ قَوْلِهِ : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ - ﴿ فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ ^(٢) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ . إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ﴾ ^(٣) . قِيلَ فِي تَفْسِيرِهِ : فَهُوَ كَفَّارَةٌ لِلْجَانِي ، يَعْفُو صَاحِبُ الْحَقِّ عَنْهُ . وَقِيلَ : فَهُوَ كَفَّارَةٌ لِلْعَافِي بِصَدَقَتِهِ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَإِنَّ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ ، قَالَ : مَا زِلْتُ رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَفَعَ إِلَيْهِ شَيْءٌ فِيهِ قِصَاصٌ ، إِلَّا أَمَرَ فِيهِ بِالْعَفْوِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٤) . وَفِي حَدِيثِهِ فِي قِصَّةِ الرُّبَيْعِ بِنْتِ السُّنْضِرِ ، حِينَ كَسَرَتْ سِنَّ

(١٥-١٥) سقط من : م . نقل نظر .

(١) سقط من : ب .

(٢) سورة البقرة ١٧٨ .

(٣) سورة المائدة ٤٥ .

(٤) في : باب الإتمام بأمر بالعفو في الدم ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ١٧٨/٢ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب الأمر بالعفو عن القصاص ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣٤/٨ . وابن ماجه ،

في : باب العفو عن القصاص ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٩٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المستند ٢١٣/٣ ،

جارية ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِالْقِصَاصِ ، فَعَقَا الْقَوْمَ^(٥) . إِذَا بَيَّنَّ هَذَا ، فَالْقِصَاصُ حَقٌّ لْجَمِيعِ الْوَرَثَةِ مِنْ ذَوِي الْأَنْسَابِ وَالْأَسْبَابِ ، وَالرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ ، وَالصِّغَارِ وَالْكِبَارِ ، فَمَنْ عَقَا مِنْهُمْ صَحَّ عَقْفُوهُ ، وَسَقَطَ الْقِصَاصُ ، وَلَمْ يَبْقَ لِأَحَدٍ إِلَيْهِ سَبِيلٌ . هَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ : عَطَاءٌ ، وَالتَّحِيصِيُّ ، وَالْحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ عَمْرِو ، وَطَاوُسٍ ، وَالشَّعْبِيِّ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَقَتَادَةُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ ، وَاللَّيْثُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ : لَيْسَ لِلنِّسَاءِ عَقْفٌ . وَالْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ مَوْزُوثٌ لِلْعَصَبَاتِ خَاصَّةً . وَهُوَ وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ لِدَفْعِ الْعَارِ ، فَانْتَصَرَ بِهِ الْعَصَبَاتُ . كَوَلَايَةِ النِّكَاحِ . وَلَهُمْ وَجْهٌ ثَالِثٌ ، أَنَّهُ لِذَوِي الْأَنْسَابِ دُونِ الزَّوْجَيْنِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ؛ بَيْنَ أَنْ يَقْتُلُوا ، أَوْ يَأْخُذُوا الْعَقْلَ »^(٦) . وَأَهْلُهُ ذَوُو رَجَحِهِ . وَذَهَبَ بَعْضُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ إِلَى أَنَّ الْقِصَاصَ لَا يَسْقُطُ بِعَقْفِ بَعْضِ الشُّرَكَاءِ . وَقِيلَ : هُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّ غَيْرِ الْعَاقِلِ لَا يَرْضَى بِاسْتِغَاطِهِ ، وَقَدْ تَوَخَّذَ النَّفْسُ بِيَعْضِ النَّفْسِ ، بِدَلِيلِ قَتْلِ الْجَمَاعَةِ بِالْوَاحِدِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ » . وَهَذَا عَامٌّ فِي جَمِيعِ أَهْلِهِ ، وَالْمَرْأَةِ مِنْ أَهْلِهِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ يَغْدِرُنِي مِنْ رَجُلٍ بَلَّغْنِي^(٧) إِذَا هُوَ فِي أَهْلِي ، وَمَا عَلِمْتُ عَلَى أَهْلِي إِلَّا خَيْرًا ، وَلَقَدْ ذَكَرُوا رَجُلًا مَا عَلِمْتُ عَلَيْهِ إِلَّا خَيْرًا ، وَمَا كَانَ يَدْخُلُ عَلَى أَهْلِي إِلَّا مَعِيَ » . يُرِيدُ عَائِشَةَ . وَقَالَ لَهُ أُسَامَةُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَهْلُكَ وَلَا نَعْلَمُ إِلَّا خَيْرًا^(٨) . وَرَوَى زَيْدُ بْنُ وَهَبٍ ، أَنَّ عَمَرَ ابْنَ أَبِي رَجُلٍ قَتَلَ قَتِيلًا ، فَجَاءَ

(٥) تقدم ترجمته ، في صفحة ٥٣٦ .

(٦) تقدم ترجمته ، في صفحة ٥١٦ .

(٧) في م : ٥ يلفظي .

(٨) أخرجه البخاري ، في : باب إذا عدل رجل أحدا ... ، وباب تعديل النساء بعضهم بعضا ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب حديث الإقْلَاق ، من كتاب المغازي ، وفي : باب قوله : ﴿ وَلَوْ لَا إِذْ مَسَّحْتُمُوهُ ... ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ٢/٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢٩ ، ١٥١/٥ ، ١٣٠/٦ . ومسلم ، في : باب في حديث الإقْلَاق وقول توبة القاذف . من كتاب التوبة . صحيح مسلم ٤/٢١٣٣ ، ٢١٣٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٩٦/٦ .

وَرَثَةُ الْمَقْتُولِ لِيَقْتُلُوهُ ، فَقَالَتِ امْرَأَةُ الْمَقْتُولِ ، وَهِيَ أَخْتُ الْقَاتِلِ : قَدْ عَفَوْتُ عَنْ
 حَقِّي . فقال عمر : الله أكبر ، / عَتَقَ الْقَتِيلُ . رواه أبو داود^(٩) . وفي رواية عن زيد ،
 قال : دَخَلَ رَجُلٌ عَلَى امْرَأَتِهِ ، فَوَجَدَ عِنْدَهَا رَجُلًا ، فَقَتَلَهَا ، فَاسْتَعْدَى إِخْوَتُهَا عَمْرَ ،
 فقال بعضُ إخوانِها : قَدْ تَصَدَّقْتُ . فَقَضَى لِسَائِرِهِمُ بِالْذِّيَّةِ^(١٠) . وَرَوَى قَتَادَةُ ، أَنَّ
 عَمْرَ رَفَعَ إِلَيْهِ رَجُلٌ قَتَلَ رَجُلًا ، فَجَاءَ أَوْلَادُ الْمَقْتُولِ ، وَقَدْ عَنَّا بَعْضُهُمْ ، فقال عمر لابن
 مَسْعُودٍ : مَا تَقُولُ ؟ قال : إِنَّهُ قَدْ أَخْرَجَ مِنَ الْقَتْلِ . فَضَرَبَ عَلَى كَتِفِهِ ، وَقَالَ :
 كُنْتُفٌ^(١١) مِثْلِي عِلْمًا . والدليل على أَنَّ الْقِصَاصَ لَجَمِيعِ الْوَرَثَةِ ، مَا ذَكَرْنَاهُ فِي مَسْأَلَةِ
 الْقِصَاصِ بَيْنَ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ ، وَلِأَنَّ مِنْ وَرَثَةِ الذِّيَّةِ وَرَثَ الْقِصَاصِ ، كَالْعَصْبَةِ ، فَإِذَا
 عَفَا بَعْضُهُمْ ، صَحَّ عَفْوُهُ ، كَعَفْوِهِ عَنْ سَائِرِ حُقُوقِهِ ، وَزَوَالَ الزَّوْجِيَّةِ لَا يَمْنَعُ
 اسْتِحْقَاقَ الْقِصَاصِ ، كَأَلَمْ يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ الذِّيَّةِ ، وَسَائِرِ حُقُوقِهِ الْمَوْرُوثَةِ . وَمَتَى ثَبَتَ
 أَنَّهُ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ جَمِيعِهِمْ ، سَقَطَ بِاسْتِقْطَائِهِمْ كَانِ مِنْ أَهْلِ الْإِسْقَاطِ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ
 مِنْهُ لَهُ ، فَيَنْفَعُ تَصَرُّفَهُ فِيهِ ، فَإِذَا سَقَطَ سَقَطَ جَمِيعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَتَّبَعُ ، كَالطَّلَاقِ
 وَالْعَنَاقِ ، وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ لَا يَتَّبَعُ ، مَبْنِئًا عَلَى الذَّرِّ وَالْإِسْقَاطِ ، فَإِذَا
 أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ ، سَرَى إِلَى الْبَاقِ كَالْعَتَقِ ، وَالْمَرْأَةُ أَخَذَ الْمُسْتَحْقِقِينَ ، فَسَقَطَ بِاسْقَاطِهَا
 كَالرُّجُلِ . وَمَتَى عَفَا أَحَدُهُمْ ، فَلِلْبَاقِينَ حَقُّهُمْ مِنَ الذِّيَّةِ سِوَاءَ عَفَا مُطْلَقًا أَوْ إِلَى الذِّيَّةِ .
 وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا أَعْلَمُ لِمَا مُخَالَفًا مَعْنَى قَالَ بِسُقُوطِ الْقِصَاصِ ؛
 وَذَلِكَ لِأَنَّ حَقَّهُ مِنَ الْقِصَاصِ سَقَطَ بِغَيْرِ رِضَاةٍ ، فَثَبَتَ لَهُ الْبَدَلُ ، كَالْوَرَثَةِ الْقَاتِلِ بَعْضَ
 دَمِهِ أَوْ مَاتَ ، وَلَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ خَبَرِ عَمْرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

(٩) ليس في سنن أبي داود ، وانظر الإرواء ٢٧٩/٢ .

(١٠) أخرجه البيهقي ، في : باب عفو بعض الأولياء عن القصاص دون بعض ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى
 ٥٩/٨ . وعبد الرزاق ، في : باب العفو ، من كتاب العقول . المصنف ١٣/١٠ .

(١١) كُنْتُفٌ : تصغير الكنف ، وهو وعاء الأداة التي يعمل بها . انظر غريب الحديث ١٦٩/١ . وأخرجه عبد
 الرزاق ، في : باب العفو ، من كتاب العقول . المصنف ١٣/١٠ . وذكره أبو عبيد في : غريب الحديث . الموضع
 السابق .

فصل : فإن قُتِلَ الشَّرِيكُ الَّذِي لَمْ يَغْفُ عَالِمًا بِغَفْوِ شَرِيكِهِ ، وَسُقُوطِ الْقِصَاصِ ^(١٢) به ، فعليه القصاص ، سواءَ حَكَمَ به الحاكمُ أو لم يَحْكَمْ . وهذا قال أبو حنيفة ، وأبو ثور . وهو الظاهرُ من مذهب الشافعي . وقيل : له قول آخر ، لا يجبُ القصاص ؛ لأنَّ له فيه شبهةٌ ، لوقوع الخلاف فيه ^(١٣) . ولنا ، أنه قُتِلَ مَقْصُومًا مُكَافَأَهُ عَمْدًا ، يَعْلَمُ أَنَّهُ لا حَقَّ له فيه ، فوجبَ عليه القصاصُ ، كما لو حَكَمَ بالعفو حاكمٌ ، والاختلاف لا يسقطُ القصاصَ ، فإنه / لو قُتِلَ مُسْلِمًا بِكَافِرٍ ، قُتِلْنَا بِهِ ، مع الاختلاف في قُتْلِهِ . وأما إن قُتِلَ قبل العلم بالعفو ، فلا قصاصَ عليه . وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي في أحد قَوْلَيْهِ : عليه القصاص ؛ لأنه قُتِلَ عَمْدًا وَعَدُوًّا لِمَنْ لا حَقَّ له في قُتْلِهِ . ولنا ، أنه قُتِلَ مُعْتَقِدًا ثُبُوتَ حَقِّهِ فيه ، مع أنَّ الأصل بقاءه ، فلم يَلْزَمْه قِصَاصٌ ، كالوكيل إذا قُتِلَ بعد عَفْوِ الْمُوَكَّلِ قبل عِلْمِهِ بِغَفْوِهِ . ولا فَرْقَ بين أن يكونَ الحاكمُ قد حَكَمَ بالعفو أو لم يَحْكَمْ به ؛ لأنَّ الشبهةَ موجودةً مع انتفاء العلمِ مَعْدُومَةً عِنْدَ وُجُودِهِ . وقال الشافعي : متى قُتِلَ بعد حُكْمِ الحاكمِ ، لَزِمَهُ القصاصُ ، عِلِمٌ بالعفو أو لم يَعْلَمْ . وقد بَيَّنَّا الفَرْقَ بينهما . ومتى حَكَمْنَا عليه بِوُجُوبِ الدِّيَةِ ؛ إِمَّا لِكُورْنِهِ مَعْدُورًا ، وإِمَّا لِلْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ ، فإنه يَسْقُطُ عنه منها ما قَابَلَ حَقَّهُ على القاتِلِ قِصَاصًا ، وَيَجِبُ عليه الباقي ، فإن كان الوليُّ عَفَا إلى غير مالٍ ، فالواجبُ لَوَرِثَةِ القاتِلِ ، ولا شيءَ عليهم ، وإن كان عَفَا إلى الدِّيَةِ ، فالواجبُ لَوَرِثَةِ القاتِلِ ، وعليهم نَصِيبُ العافي من الدِّيَةِ . وقيل فيه : إنَّ حَقَّ العافي ، من الدِّيَةِ على القاتِلِ . ولا ^(١٤) يصحُّ ؛ لأنَّ الحَقَّ لم يَتَّقِ مُتَعَلِّقًا بِغَيْنِهِ ، وإِنَّمَا الدِّيَةُ وَاجِبَةٌ في ذِمَّتِهِ ، فلم تَنْتَقِلْ إلى القاتِلِ ، كما لو قُتِلَ غَرِيْمُهُ .

فصل : فإن كان القاتِلُ هو العافي ، فعليه القصاصُ ، سواءَ عَفَا مُطْلَقًا أو إلى مالٍ . وهذا قال عِكْرِمَةُ ، والثَّوْرِيُّ ، ومالكٌ ، والشافعي ، وابنُ المُنْذِرِ . وروى عن الحسن :

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) سقطت الواو من : م .

ثُوِّخَتْ مِنْهُ الدِّبَّةُ ، وَلَا يُقْتَلُ . وقال عمرُ بن عبد العزيز : المُحَكَّمُ فِيهِ إِلَى السُّلْطَانِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَمَنْ أَعْتَدَى بِعَدْوٍ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ ^(١٥) . قال ابن عباس ، وعطاء ، والحسن ، وقادة في تفسيريها : أى بعد أخذِهِ الدِّبَّةَ . وعن الحسن ، عن جابر ابن عبد الله ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « لَا أُغْفَى مَنْ قَتَلَ بَعْدَ أَخْذِهِ الدِّبَّةَ » ^(١٦) ، وَلَئِنَّهُ قَتَلَ مَعْصُومًا مُكَافَأًا ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ قَتَلَ .

فصل : وإذا غفَا عن القاتِلِ مُطْلَقًا ، صَحَّ ، ولم يُلْزَمْهُ عُقُوبَةٌ . وبهذا قال الشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذِر ، وأبو ثور . وقال مالك ، والليث ، والأوزاعي : يُضْرَبُ ، وَيُحْبَسُ سَنَةً . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنَّمَا كَانَ عَلَيْهِ / حَقٌّ وَاحِدٌ ، وَقَدْ أَسْقَطَهُ مُسْتَحَقُّهُ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ آخَرُ ، كَمَا لَوْ أَسْقَطَ الدِّبَّةَ عَنِ الْقَاتِلِ خَطَأً .

٥٨/٩

فصل : وإذا وُكِّلَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْقِصَاصَ ، صَحَّ تَوْكِيلُهُ . نصُّ عليه أحمد ، رَحِمَهُ اللهُ . فَإِنْ وَكَّلَهُ ، ثُمَّ غَابَ ، وَغَفَا عَنِ الْقِصَاصِ ، وَاسْتَوْفَى الْوَكِيلُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ عَفْوُهُ بَعْدَ الْقَتْلِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ قَدْ اسْتَوْفِيَ ، وَإِنْ كَانَ قَتْلُهُ وَقَدْ عَلِمَ الْوَكِيلُ بِهِ ، فَقَدْ قَتَلَهُ ظُلْمًا ، فَعَلِيهِ الْقَوْدُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ ابْتِدَاءً . وَإِنْ قَتَلَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِعَفْوِ الْمُوَكَّلِ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا ضَمَانَ عَلَى الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَقْرِيضَ مِنْهُ ، فَإِنَّ الْعَفْوَ حَصَلَ عَلَى وَجْهِ لَا يُمَكِّنُ الْوَكِيلَ اسْتِذْرَاكُهُ ، فَلَمْ يُلْزَمْهُ ضَمَانٌ ، كَمَا لَوْ غَفَا بَعْدَ مَا رَمَاهُ . وَهَلْ يُلْزَمُ الْمُوَكَّلُ الضَّمَانُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَفْوَهُ غَيْرُ صَحِيحٍ ، لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ حُصُولِهِ فِي حَالِهِ لَا يُمَكِّنُهُ اسْتِذْرَاكُ الْفِعْلِ ، فَوَقَعَ الْقَتْلُ مُسْتَحَقًّا لَهُ ، فَلَمْ يُلْزَمْهُ ^(١٧) ضَمَانٌ ، وَلِأَنَّ الْعَفْوَ إِحْسَانٌ ، فَلَا يَقْتَضِي وَجُوبَ الضَّمَانِ . وَالثَّانِي ، عَلَيْهِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ قَتْلَ الْمَعْفُوفِ عَنْهُ حَصَلَ بِأَمْرِهِ وَتَسْلِيطِهِ ، عَلَى وَجْهِ لَا ذَنْبَ لِلْمُبَاشِرِ فِيهِ ،

(١٥) سورة البقرة ١٧٨ .

(١٦) أخرجه أبو داود ، في : باب من قتل بعد أخذ الدبّة ، من كتاب الديّات . سنن أبي داود ٤٨١/٢ . والإمام

أحمد ، في : المسند ٣/٣٦٣ .

(١٧) في الأصل : لا يلزم .

فكان الضمان على الأمر ، كما لو أمر عبده الأعجمي بقتل مفعوم . وقال غير أنى بكر :
 في صيحة العفو وجهان ؛ بناء على الرويتين في الوكيل ، هل يتعزّل بعزل الموكل أو لا ؟
 وللشافعي قولان ، كالوجهين . فإن قلنا : لا يصح العفو . فلا ضمان على أحد ؛ لأنه
 قتل من يجب قتله بأمر مستحقة^(١٨) . وإن قلنا : يصح العفو . فلا قصاص فيه ؛ لأن
 الوكيل قتل من يقتل بإباحة قتله بسبب هو معذور فيه ، فأشبه ما لو قتل في دار الحرب
 من يعتقه حربياً . وتجب الدية على الوكيل ؛ لأنه لو علم لوجب عليه القصاص ، فإذا لم
 يعلم تعلق به الضمان ، كما لو قتل مؤثماً قد أسلم قبل عليه بإسلامه ، ويرجع بها على
 الموكل ؛ لأنه غره بتسليطه على القتل وتفريطه^(١٩) في ترك إعلامه بالعفو ، فيرجع
 عليه ، كالغار في النكاح بحرمة أمة ، أو تزوج معيبة . ويحتمل أن لا يرجع عليه ؛ لأن
 العفو إحسان منه ، فلا يقتضى الرجوع عليه . فعلى هذا ، تكون الدية على عاقلة
 الوكيل . وهذا / اختيار أئمة الخطأ ؛ لأن هذا جرى مجرى الخطأ ، فأشبه ما لو قتل
 في دار الحرب مسلماً يقتله حربياً . وقال القاضي : هو في مال الوكيل ؛ لأنه عن عمد
 مخض . وهذا لا يصح ؛ لأنه لو كان عمداً مخضاً لأوجب القصاص ، ولأنه يشترط في
 العمد المخض أن يكون عالماً بحال المحل ، وكونه مفعوماً ، ولم يوجد هذا . وإن
 قال : هو عمد الخطأ . فعمد الخطأ تحمله العاقلة . ذكره الخزي وذلل عليه خبر المرأة
 التي قتلت جارتها^(٢٠) وجنيتها بمسطح^(٢١) ، فقضى النبي ﷺ بالدية على
 عاقلتها^(٢٢) . واختلف أصحاب الشافعي^(٢٣) على هذين الوجهين ، فعلى قول

ط ٥٨/٩

(١٨) في ب ، م : يستحقه .

(١٩) في ب ، م : بتفريطه .

(٢٠) في م : جارتها .

(٢١) مسطح : عود من أعواد الخباء .

(٢٢) أخرجه النسائي ، في : باب قتل المرأة بالمرأة ، من كتاب القسامة . المجتبى ١٩/٨ . وابن ماجه ، في : باب دية
 الجين ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٢/٢ . والبخاري ، في : باب دية الجين ، من كتاب الديات .
 سنن الدارمي ١٩٦/٢ ، ١٩٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٦٤/١ ، ٨٠/٤ .

(٢٣) في الأصل ، ب : النبي ﷺ .

القاضي ، إن كان الموكَّل عَفَا إلى الدَّيَّة ، فله الدَّيَّة في ثَرْكَةِ الجاني ، ولورثة الجاني مُطالبة الوكيل بديته ، وليس للموكَّل مُطالبة الوكيل بشيء . فإن قيل : فقد قلتم فيما إذا كان القصاص لأخوتي فقتله أخذها فعليه نصف الدَّيَّة ، ولأخيه مُطالبة به ، في ونجه . قلنا : ثم أُلِّفَ حقُّه ، فَرَجَعَ بِبَدْلِهِ عليه ، وهُنَا أُلِّفَ بعد سقوط حقِّ الموكَّل عنه ، فافترقا . وإن قلنا : إنَّ الوكيلَ يَرْجِعُ على الموكَّل . اِحْتَمَلُ أَنْ تَسْقُطَ الدَّيَّتَانِ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي أَنْ يَأْخُذَهَا الْوَرَثَةُ مِنَ الْوَكِيلِ ، ثُمَّ يَذْفَعُونَهَا إِلَى الْمُوَكَّلِ ، ثُمَّ يَرُدُّهَا^(٢٤) الْمُوَكَّلُ إِلَى الْوَكِيلِ ، فَيَكُونُ تَكْلِيفًا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بغير فائدة . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الدَّيَّةَ الْوَاجِبَةَ فِي ذِمَّةِ الْوَكِيلِ لغير من للوكيل^(٢٥) الرُّجُوعُ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا تَسْقُطُ الدَّيَّتَانِ إِذَا كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْغَرِيبَيْنِ عَلَى صَاحِبِهِ مِثْلُ مَا لَهُ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ قَدْ تَكُونُ الدَّيَّتَانِ مُخْتَلِفَتَيْنِ ، بَأَن يَكُونَ أَحَدُ الْمَقْتُولَيْنِ رَجُلًا وَالْآخَرُ امْرَأَةً ، فَعَلَى هَذَا يَأْخُذُ وَرَثَةُ الْجَانِي دِيَّتَهُ مِنَ الْوَكِيلِ ، وَيَذْفَعُونَ إِلَى الْمُوَكَّلِ دِيَّةَ وَلِيِّهِ ، ثُمَّ يَرُدُّ الْمُوَكَّلُ إِلَى الْوَكِيلِ قَدْرَ مَا غَرِمَهُ . وَإِنْ أَحَالَ وَرَثَةُ الْجَانِي^(٢٦) الْمُوَكَّلَ عَلَى^(٢٧) الْوَكِيلِ^(٢٨) بَدِيَّةً وَلِيَّهُمْ ، صَحَّ . فَإِنْ كَانَ الْجَانِي أَقْلَ دِيَّةً ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ امْرَأَةً قَتَلَتْ رَجُلًا ، فَقَتَلَهَا الْوَكِيلُ ، فَلِوَرَثَتِهَا إِحَالَةُ الْمُوَكَّلِ بَدِيَّتِهَا ؛ لِأَنَّهُ الْقَدْرُ الْوَاجِبُ لَهُمْ عَلَى الْوَكِيلِ ، فَيَسْقُطُ عَنِ الْوَكِيلِ وَالْمُوَكَّلِ جَمِيعًا ، وَيَرْجِعُ الْمُوَكَّلُ عَلَى وَرَثَتِهَا يَنْصِفُ دِيَّةَ وَلِيِّهِ . / وَإِنْ كَانَ الْجَانِي رَجُلًا قَتَلَ امْرَأَةً ، فَقَتَلَهُ الْوَكِيلُ ، فَلِوَرَثَةِ الْجَانِي إِحَالَةُ الْمُوَكَّلِ بَدِيَّةَ الْمَرَأَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِمْ أَكْثَرَ مِنْ دِيَّتِهَا ، وَيُطَالِبُونَ الْوَكِيلَ يَنْصِفُ دِيَّةَ الْجَانِي ، ثُمَّ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُوَكَّلِ .

٥٩/٩

فصل : وإذا جَنَى عَلَى الْإِنْسَانِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ جَنَايَةً تَوْجِبُ الْقِصَاصَ ، فَمَقَاعِنِ الْقِصَاصِ ، ثُمَّ سَرَرَتِ الْجَنَايَةُ إِلَى نَفْسِهِ ، فَمَاتَ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ . وَهَذَا قَالَ

(٢٤) ق ب : دها .

(٢٥) ق ب ، م : الوكيل .

(٢٦-٢٧) ق ب : د على الموكَّل . وسقط : د على . من : الأصل .

(٢٧) سقط من : ب .

أبو حنيفة ، والشافعي . وحكى عن مالك ، أن القصاص واجب ؛ لأن الجناية صارت نفساً ، ولم يغف عنها . ولنا ، أنه يتعذر استيفاء القصاص في النفس دون ما غفا عنه ، فسقط في النفس ، كما لو غفا بعض الأولياء ، ولأن الجناية إذا لم يكن فيها قصاص مع إمكانه ، لم يجب في سرائرها ، كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات منها ثم^(٢٨) ، ينظر^(٢٩) ؛ فإن كان غفا على مال ، فله الدية كاملة ، وإن غفا على غير مال ، وجبت الدية إلا أرض الجرح^(٣٠) الذي غفا عنه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : تجب الدية كاملة ؛ لأن الجناية صارت نفساً ، وحقه في النفس لا فيما غفا عنه ، وإنما سقط القصاص للشبهة . وإن قال : عفوت عن الجناية . لم يجب شيء ؛ لأن الجناية لا تختص بالقطع . وقال القاضي ، فيما إذا غفا عن القطع : ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شيء . وبه قال أبو يوسف وعمر ؛ لأنه قطع غير مضمون ، فكذلك سرائره . ولنا ، أنها سريرة جناية أوجب الضمان ، فكانت مضمونة ، كما لو لم يغف ، وإنما سقطت ديتها بعفوه عنها ، فيختص السقوط بما غفا عنه دون غيره ، والمعفو عنه نصف الدية ؛ لأن الجناية أوجب نصف الدية ، فإذا غفا ، سقط ما وجب دون ما لم يجب ، فإذا صارت نفساً ، وجب بالسراية نصف الدية ، ولم يسقط أرض الجرح فيما إذا لم يغف ، وإنما تكملت الدية بالسراية .

فصل : فإن كان الجرح لا قصاص فيه ، كالجائفة ونحوها ، فعفا عن القصاص فيه ، فسرى إلى النفس ، فلولي القصاص ؛ لأن القصاص لم يجب في الجرح ، فلم يصح العفو عنه ، وإنما وجب القصاص بعد عفو ، وله^(٣١) العفو / عن القصاصي ، وله كمال الدية . وإن غفا عن دية الجرح ، صح ، وله بعد السراية دية النفس إلا أرض

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) في م : نظرنا .

(٣٠) في ب ، م : الجراح .

(٣١) في ب : ولما .

الجُرح . ولا يَمْتَنِعُ وجوبُ القصاصِ في النفس ، مع أنه لا يَجِبُ كَالْذِيَّةِ بالعفو عنه ، كَالوَ قُطْعَ يَدًا ، فَإِنَّهُ لَمْ يَنْقُصْ مِنْهَا ، ثُمَّ انْتَفَضَتْ وَسَرَتْ إِلَى النَّفْسِ ، فَلَهُ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ، وَلَيْسَ لَهُ الْعَفْوُ إِلَّا عَلَى نِصْفِ الذِّيَّةِ . وَإِنْ قُطِعَ يَدُهُ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ ، فَعَفَا عَنْ الْقِصَاصِ ، ثُمَّ سَرَى ، فَعَلَى قَوْلِ أَيْ بَكْرٍ ، لَا يَنْقُطُ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَمْ يَجِبْ ، فَهُوَ كَالْجَائِزَةِ . وَمَنْ جَوَّزَ لَهُ الْقِصَاصَ مِنَ الْكُوعِ ، اسْتَقَطَّ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ، كَالوَ كَانَ الْقُطْعُ مِنَ الْكُوعِ . وَقَالَ الْمُزَنِيُّ : لَا يَصِحُّ الْعَفْوُ عَنْ دِيَّةِ الْجُرْحِ قَبْلَ الْإِدْمَالِ ، فَلَوْ قُطِعَ يَدًا ، فَعَفَا عَنْ دِيَّتِهَا وَقِصَاصِهَا ، ثُمَّ انْدَمَلَتْ ، لَمْ تُسْقَطْ دِيَّتُهَا ، وَسَقَطَ قِصَاصُهَا ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ قَدْ وَجَبَ فِيهَا ، فَصَحَّ الْعَفْوُ عَنْهُ ، بِخِلَافِ الذِّيَّةِ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ دِيَّةَ الْجُرْحِ إِنْ مَا وَجَبَتْ بِالْجَنَائَةِ ، إِذْ هِيَ السَّبَبُ ، وَلِهَذَا وَجَّهِيَ عَلَى طَرَفٍ غَيْرِهِ بَعْدَ قَوْلِهِ ^(٣٣) ، كَانَ أَرْضُ الطَّرَفِ لِبَائِعِهِ لَا لِمُشْتَرِيهِ ، وَتَأْخِيرُ الْمُطَالَبَةِ بِهِ لَا يَلْزَمُ مِنْهُ عَدَمُ الْوُجُوبِ ، وَامْتِنَاعُ صِحَّةِ الْعَفْوِ ، كَالَّذِينَ الْمُوَجِّلُ لَا تُمْلِكُ الْمُطَالَبَةُ بِهِ ، وَيَصِحُّ الْعَفْوُ عَنْهُ ، كَذَا هُنَا .

فصل : فَإِنْ قُطِعَ يَدُهُ ، فَعَفَا عَنْهُ ، ثُمَّ عَادَ الْجَانِي فَقَتَلَهُ ، فَلِزَوَّيَةِ الْقِصَاصِ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ ^(٣٤) بَعْضُهُمْ : لَا قِصَاصَ ؛ لِأَنَّ الْعَفْوَ حَصَلَ عَنْ بَعْضِهِ ، فَلَا يَقْتُلُ بِهِ ، كَالوَ سَرَى الْقُطْعُ إِلَى نَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْقَتْلَ الْفَرَدَ عَنِ الْقُطْعِ ، فَعَفَا عَنْ الْقُطْعِ لَا يَمْنَعُ مَا يَلْزَمُ بِالْقَتْلِ ، كَالوَ كَانَ الْقَاطِعُ غَيْرَهُ . وَإِنْ اخْتَارَ الذِّيَّةَ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَ الْعَفْوُ عَنِ الطَّرَفِ إِلَى غَيْرِ دِيَّةٍ ، فَلَهُ بِالْقَتْلِ نِصْفُ الذِّيَّةِ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَلِأَنَّ الْقَتْلَ إِذَا تَعَقَّبَ الْجَنَائَةَ قَبْلَ الْإِدْمَالِ ، كَانَ كَالسَّرَاةِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ لَمْ يُعْفَ لَمْ يَجِبْ أَكْثَرُ مِنْ دِيَّةٍ ، وَالْقُطْعُ يَدْخُلُ فِي الْقَتْلِ فِي الذِّيَّةِ دُونَ الْقِصَاصِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ أَرَادَ الْقِصَاصَ كَانَ لَهُ أَنْ يَقْطَعَ ثُمَّ يَقْتُلَ ، وَلَوْ صَارَ الْأَمْرُ إِلَى الذِّيَّةِ لَمْ يَجِبْ إِلَّا دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : لَهُ الْعَفْوُ إِلَى دِيَّةٍ كَامِلَةٍ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ

(٣٢) ب في م ، ١ : موته .

(٣٣) سقطت الوب من : الأصل ، م .

الشافعي ؛ لأنَّ القَطْعَ مُنْفَرِدٌ عَنِ / الْقَتْلِ ^(٣٤) ، فلم يَدْخُلْ حُكْمُ أَخِيْدِهِمَا فِي الْآخِرِ ، كَمَا لَوْ
 ائْتَمَلَ ، وَلَأنَّ الْقَتْلَ مُوجِبٌ لِلْقَتْلِ ^(٣٥) ، فَأَوْجِبَ الدِّيَةَ كَامِلَةً ، كَمَا لَوْ لَمْ يَتَقَدَّمْهُ عَفْوٌ .
 وَفَارَقَ السَّرَايَةَ ، فَإِنَّهَا لَمْ تُوجِبْ قَتْلًا ، وَلَأنَّ السَّرَايَةَ عُفِيَ عَنْ سَبَبِهَا ، وَالْقَتْلُ لَمْ يُعْفَ عَنْ
 شَيْءٍ مِنْهُ ، وَلَا عَنْ سَبَبِهِ ، وَسَوَاءٌ فِيمَا ذَكَرْنَا كَانَ الْعَافِي عَنْ الْجُرْحِ أَخَذَ دِيَّةً ^(٣٦) طَرَفَهُ أَوْ
 لَمْ ^(٣٧) يَأْخُذْهَا .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ إصْبَعًا ، فَقَعَا الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَنِ الْقِصَاصِ ، ثُمَّ سَرَتْ الْجِنَايَةُ إِلَى
 الْكَفِّ ، ثُمَّ ائْتَمَلَ الْجُرْحُ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي النَّفْسِ ، وَلَأنَّ الْقِصَاصَ
 سَقَطَ فِي الْإِصْبَاحِ بِالْعَفْوِ ، فَصَارَتِ الدِّيَةُ نَاقِصَةً لَا تُؤْخَذُ بِهَا الْكَامِلَةُ . ثُمَّ إِنْ كَانَ الْعَفْوُ إِلَى
 الدِّيَةِ ، وَجَبَتْ ^(٣٧) دِيَّةُ الْيَدِ كُلُّهَا ، وَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ مَالٍ ، خُرِجَ فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مَا
 ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا قَطَعَ يَدًا فَقَعَا الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ ، ثُمَّ سَرَى إِلَى نَفْسِهِ . فَعَلِيَ هَذَا ، نَجِبَ هُنَا
 دِيَّةُ الْكَفِّ إِلَّا ^(٣٨) دِيَّةَ الْإِصْبَاحِ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ
 الْقَاضِي : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ ^(٣٩) لَا يَجِبُ شَيْءٌ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ؛ لِأنَّ
 الْعَفْوَ عَنِ الْجِنَايَةِ عَفْوٌ عَنِ مَا يَتَحَدَّثُ مِنْهَا ^(٤٠) ، وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي : إِنَّ الْقِيَاسَ فِيمَا إِذَا
 قَطَعَ الدِّيَةُ ، ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ ، أَنْ يَجِبَ نِصْفُ الدِّيَةِ ، فَيُلْزَمُهُ أَنْ يَقُولَ مِثْلَ ذَلِكَ
 هُنَا .

فصل : فَإِنْ قَالَ : عَفَوْتُ عَنِ الْجِنَايَةِ ، وَمَا يَتَحَدَّثُ مِنْهَا ، صَحَّ عَفْوُهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ فِي
 سِرَايَتِهَا قِصَاصٌ وَلَا دِيَّةٌ فِي ظَاهِرِ ^(٤١) كَلَامِ أَحْمَدَ . وَسَوَاءٌ عَفَا بِلَفِظِ الْعَفْوِ أَوْ الْوَصِيَّةِ ،

(٣٤) ق ب ، م : « القطع » .

(٣٥) ق ب : « القتل » .

(٣٦-٣٧) ق ب : « طرفها ولم » .

(٣٧-٣٧) ق م : « الدية » .

(٣٨) ق م : « لا » .

(٣٩) ق م : « أن » .

(٤٠) ق ب : « عتبا » .

(٤١) سقط من : الأصل ، ب .

وَمَنْ قَالَ بِصِرْحَةِ غَفْرِ الْمَجْرُوحِ عَنْ دَمِهِ ؛ مَالِكٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَقَتَادَةُ ،
وَالْأَوْزَاعِيُّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِذَا قَالَ : غَفَرْتُ عَنْ الْجَنَائِيَةِ ، وَمَا يَخْدُثُ مِنْهَا .
فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا (٤٢) ، أَنَّهُ وَصِيَّةٌ ، فَيَتَنَبَّهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ ، وَفِيهَا (٤٣) قَوْلَانِ ؛
أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ، فَتَجِبُ دِيَّةُ النَّفْسِ إِلَّا دِيَّةُ الْجُرْحِ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ، فَإِنْ خَرَجَتْ
مِنَ الثَّلَاثِ سَقَطَ ، وَإِلَّا سَقَطَ مِنْهَا مَا خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَوَجِبَ الْبَاقِي . وَالْقَوْلُ الثَّانِي ،
لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَا يَصِحُّ ، وَتَلَزَمَهُ دِيَّةُ النَّفْسِ إِلَّا دِيَّةُ الْجُرْحِ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ اسْقَطَ حَقَّهُ بَعْدَ انْتِفَادِ سَبَبِهِ ، فَسَقَطَ ، كَمَا لَوْ اسْقَطَ الشُّعْبَةُ بَعْدَ الْبَيْعِ ، / إِذَا
تَبَيَّنَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَخْرُجَ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ لَمْ يَخْرُجْ ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الْعَمْدِ الْقَوْدُ ، فِي
إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ ، أَوْ أَحَدَ شَيْئَيْنِ ، فِي الرُّوَايَةِ الْأُخْرَى ، فَمَا تَعَيَّنَتِ الدِّيَّةُ ، وَلَا تَعَيَّنَتِ
الْوَصِيَّةُ بِمَالٍ ، وَلِذَلِكَ صَحَّ الْعَفْوُ مِنَ الْمُفْلِسِ إِلَى غَيْرِ مَالٍ . وَأَمَّا جَنَائِيَةُ الْخَطَا ، فَإِذَا
عَفَا (٤٤) عَنْهَا وَعَمَّا يَخْدُثُ مِنْهَا ، اُعْتَبِرَ خُرُوجُهَا مِنَ الثَّلَاثِ ، سَوَاءً عَفَا بِلَفْظِ الْعَفْوِ أَوْ
الْوَصِيَّةِ أَوْ الْإِبْرَاءِ أَوْ غَيْرِهَا ، فَإِنْ خَرَجَتْ مِنَ الثَّلَاثِ ، صَحَّ عَفْوُهُ فِي الْجَمِيعِ ، وَإِنْ لَمْ
تَخْرُجْ مِنَ الثَّلَاثِ ، سَقَطَ عَنْهُ مِنْ دِيَّتِهَا مَا اخْتَمَلَهُ الثَّلَاثُ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَنَحْوُهُ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ
هُنَا بِمَالٍ .

فصل : فَإِنْ اخْتَلَفَ الْجَانِي وَالْوَلِيُّ أَوِ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ . فَقَالَ الْجَانِي : غَفَرْتُ مُطْلَقًا .
وَقَالَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ : بَلْ غَفَرْتُ إِلَى مَالٍ . أَوْ قَالَ : غَفَرْتُ عَنْ الْجَنَائِيَةِ وَمَا يَخْدُثُ مِنْهَا .
قَالَ : بَلْ غَفَرْتُ عَنْهَا دُونَ مَا يَخْدُثُ مِنْهَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ أَوْ وَلِيِّهِ إِنْ كَانَ
الْخِلَافُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْعَفْوِ عَنِ الْجَمِيعِ ، وَقَدْ تَبَيَّنَ الْعَفْوُ عَنِ الْبَعْضِ بِإِقْرَارِهِ ،
فَيَكُونُ الْقَوْلُ فِي عَدَمِ سِوَاهُ (٤٥) قَوْلَهُ .

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) في م : وفيه .

(٤٤) سقط من : الأصل .

(٤٥) في م : سقطه .

١٤٥٦ - مسألة : قال : (وَإِذَا اشْتَرَكَ الْجَمَاعَةُ فِي الْقَتْلِ ، فَاحْبُ الْأَوْلِيَاءُ أَنْ يَقْتُلُوا الْجَمِيعَ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ ، وَإِنْ أَحْبَبُوا أَنْ يَقْتُلُوا الْبَعْضَ ، وَيَغْفُوا عَنِ الْبَعْضِ ، وَيَأْخُذُوا الدِّيَةَ مِنَ الْبَاقِينَ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ)

أما قتلهم للجميع ، فقد ذكرناه فيما مضى ، وأما إن أحبوا قتل البعض فلهم ذلك ، لأن كل من لم يقتله فلهم الغفو عنه ، كالمنفرد ، ولا يسقط القصاص عن البعض بغفو البعض ؛ لأتهما شخصان ، فلا يسقط القصاص عن أحدهما بإسقاطه عن الآخر ، كما لو قتل كل واحد رجلاً . وأما إذا اختاروا أخذ الدية من القاتل ، أو من بعض القتلة ، فإن لهم هذا من غير رضى الجاني . وبهذا قال سعيد بن المسيب ، وابن سيرين ، والشافعي ، وعطاء ، ومجاهد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال الثوري ، ومالك ، وأبو حنيفة : ليس للأولياء إلا القتل ، إلا أن يضطربوا على الدية / برضى الجاني . وعن مالك ، رواية أخرى ، كقولنا . واحتجوا بقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ ﴾ ^(١) . والمكتوب لا يتخير فيه ، ولأنه متلف يجب به البدل ، فكان بدله معيناً ، كسائر أبدال المتلفات . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعَ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٍ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ ^(٢) . قال ابن عباس : كان في بني إسرائيل القصاص ، ولم يكن فيهم الدية ، فأنزل الله تعالى هذه الآية : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾ . الآية ، ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ ﴾ . فالغفو أن تقبل في العمد الدية ﴿ فَاتَّبَاعَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ يتبع الطالب بمعروف ^(٣) ، ويؤدي إليه المطلوب ﴿ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾ . مما كتب على من قبلكم . رواه البخاري ^(٤) . وروى أبو هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ ، فقال : « مَنْ قُتِلَ

(١) سورة البقرة ١٧٨ .

(٢) في م : « بالمعروف » .

(٣) في : باب : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتل ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفي : باب من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين ، من كتاب الديات . صحيح البخاري ٢٨/٦ ، ٢٩ ، ٦/٩ ، ٧ ، =

لَهُ^(١) قَتِيلٌ ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ، « إِمَّا أَنْ يُودَى ، وَإِمَّا يُقَادَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وَرَوَى أَبُو شَرِيحٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « ثُمَّ أَنْتُمْ يَا خُزَاعَةُ ، قَدْ قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ ، وَأَنَا وَاللَّهِ غَافِلُهُ ، فَمَنْ قَتَلَ بَعْدَهُ قَتِيلًا فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ؛ إِنْ أَحْبَبُوا قَتَلُوا ، وَإِنْ أَحْبَبُوا أَخَذُوا الدِّيَّةَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُ^(٣) . وَلِأَنَّ الْقَتْلَ الْمَضْمُونِ إِذَا سَقَطَ فِيهِ الْقِصَاصُ مِنْ غَيْرِ إِبْرَاءٍ ، ثَبَتَ الْمَالُ ، كَالْوَعْدِ غَفَا بَعْضُ الْوَرِثَةِ ، وَيُخَالَفُ سَائِرُ الْمُتْلَفَاتِ ؛ لِأَنَّ بَدْلَهَا يَجِبُ مِنْ جَنْسِهَا ، وَهَهُنَا يَجِبُ فِي الْخَطِإِ وَعَمْدِ الْخَطِإِ مِنْ غَيْرِ الْجَنْسِ ، فَإِذَا رَضِيَ فِي الْعَمْدِ بِبَدْلِ الْخَطِإِ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ اسْقَطَ بَعْضُ حَقِّهِ ، وَلِأَنَّ الْقَاتِلَ أَمَكَّنَهُ إِحْيَاءُ نَفْسِهِ بِبَدْلِ الدِّيَّةِ ، فَلَزِمَهُ . وَيَتَقَبَّضُ مَا ذَكَرُوهُ بِمَا إِذَا كَانَ رَأْسُ الشَّاجِ أَصْغَرَ ، أَوْ يَذُ الْقَاطِعِ أَنْقَصَ ، فَإِنَّهُمْ سَلَّمُوا فِيهِمَا .

فصل : واختلفت الرواية في موجب العمد ، فروى عن أحمد ، رحمه الله ، أن موجب القصاص عتينا ؛ لقوله عليه السلام : « مَنْ قَتَلَ عَمْدًا ، فَهُوَ قَوْدٌ »^(٤) . وَلَمَّا ذَكَرُوهُ فِي دَلِيلِهِمْ . وَرَوَى أَنَّ مُوجِبَهُ أَحَدُ شَيْخَيْنِ ؛ الْقِصَاصِ ، أَوِ الدِّيَّةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ قَبْلَ هَذَا ، وَلِأَنَّ الدِّيَّةَ أَحَدُ بَدَلَيْ النَّفْسِ ، فَكَانَتْ بَدَلًا عَنْهَا ، لَا عَنْ بَدْلِهَا ، كَالْقِصَاصِ . وَأَمَّا الْخَبَرُ ، فَالْمُرَادُ بِهِ وَجُوبُ الْقَوْدِ ، وَنَحْنُ نَقُولُ بِهِ ، وَيُخَالَفُ الْقَتْلُ سَائِرَ الْمُتْلَفَاتِ ؛ لِأَنَّ بَدْلَهَا / لَا يَخْتَلِفُ بِالْقَصْدِ وَعَدَمِهِ ، وَالْقَتْلُ بِخِلَافِهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالرَّوَاتِبَيْنِ . فَإِذَا قُلْنَا : مُوجِبُهُ الْقِصَاصُ عَتِينَا ، فَلَهُ الْعَفْوُ إِلَى الدِّيَّةِ ، وَالْعَفْوُ مُطْلَقًا ، فَإِذَا

ط ٦١/٩

= كما أخرجه الشافعي ، في باب تأجيل قوله عز وجل : ﴿ فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ ... ﴾ ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣٣/٨ .

(٤) سقط من : ب .

(٥-٥) في الأصل « إِمَّا يُودَى وَإِمَّا » . وفي ب : « إِمَّا أَنْ يُودَى وَإِمَّا » .

(٦) تقدم ترجمته ، في صفحة ٤٤٨ .

(٧) تقدم ترجمته ، في صفحة ٥١٦ .

(٨) تقدم ترجمته ، في صفحة ٤٥٩ .

عَفَا مُطْلَقًا ، لم يَجِبْ شَيْءٌ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعي ، وقال بعضهم : نَجِبُ الدَّيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا يُطْلَقُ ^(٩) الدَّمُ . وليس بشيء ؛ لِأَنَّهُ لو عَفَا عن الدَّيَّةِ بَعْدَ وَجوبِها ، صَحَّ عَفْوُهُ ، وإن عَفَا عن القِصاصِ بغيرِ مالٍ ، لم يَجِبْ شَيْءٌ ، فأما إن عَفَا عن الدَّيَّةِ ، لم يَصِحَّ عَفْوُهُ ؛ لِأَنَّهَا لم تَجِبْ . وإن قلنا : الواجبُ أخذُ شَيْعَيْنِ لا بَعَيْنِهِ . فعَفَا عن القِصاصِ مُطْلَقًا ، أو إلى الدَّيَّةِ ، وَجِبَتْ الدَّيَّةُ ؛ لِأَنَّ الواجبَ غيرُ مُعَيَّنٍ ، فإذا تَرَكَ أَحَدَهُمَا وَجِبَ ^(١٠) الْآخَرُ ، وإن اخْتَارَ الدَّيَّةَ ، سَقَطَ القِصاصُ ، وإن اخْتَارَ القِصاصَ ، تَعَيَّنَ . وهل له بعد ذلك العَفْوُ على الدَّيَّةِ ؟ قال القاضي : له ذلك ؛ لِأَنَّ القِصاصَ أَعْلَى ، فكان له الاتِّعَالُ إلى الْأَذْنَى ، ويكونُ بَدَلًا عن القِصاصِ ، وليست ^(١١) التي وَجِبَتْ بِالْقَتْلِ ، كما قلنا في الرِّوَايةِ الْأُولَى : إن الواجبَ القِصاصُ عَيْنًا ، وله العَفْوُ إلى الدَّيَّةِ . وَيَحْتَمَلُ أَنَّهُ ليس له ذلك ؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَطَّهَا بِاخْتِيَارِهِ الْقَوْدَ فلم يَعُدْ إِلَيْهَا .

فصل : وإذا جَنَى عَبْدٌ على حُرٍّ جَنَايَةً مُوجِبَةً لِلْقِصاصِ ، فاشْتَرَاهُ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ بَأَرْضِ الْجَنَايَةِ ، سَقَطَ الْقِصاصُ ؛ لِأَنَّ عُدُولَهُ إلى الشَّرَاءِ ^(١٢) اخْتِيَارًا لِلْمَالِ ، ولا يَصِحُّ الشَّرَاءُ ؛ لِأَنَّهُمَا إن لم يَعْرِفَا قَدْرَ الْأَرْضِ فَالْثَمَنُ مَجْهُولٌ ، وإن عَرَفَا عَدَدَ الْإِبِلِ وَأَسْنَانِهَا فَصَفِّتْهَا مَجْهُولَةً ، وَالْجَهْلُ بِالصِّفَةِ كَالْجَهْلُ بِالذَّاتِ في فَسادِ الْبَيْعِ ؛ وَلِذَلِكَ لو باعَهُ شَيْعًا بِجَمَلٍ جَدَعَ غيرَ مَعْرُوفِ الصِّفَةِ ، لم يَصِحَّ ، وإن قَدَّرَ الْأَرْضَ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ وباعَهُ به ، صَحَّ ..

فصل : ^(١٣) إِذَا وَجِبَ الْقِصاصُ لِصَغِيرٍ ، لم يَجُزْ لَوَلِيِّهِ الْعَفْوُ إلى غيرِ مالٍ ؛ لِأَنَّهُ لا يَمْلِكُ إسْقَاطَ حَقِّهِ . وإن أَحَبَّ الْعَفْوُ إلى مالٍ ، وَلِلصَّبِيِّ كِفَايَةُ من غيره ، لم يَجُزْ ؛ لِأَنَّ

(٩) في الأصل : « يطال » . وطلّ دمه : هدر .

(١٠) في ب : « بقى » .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في ب زيادة : « فيه » .

(١٣) في ب زيادة : « وصح عفوا » .

فيه تَقْوِيَتْ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ . فَإِنْ كَانَ فَقِيرًا مُحْتَاجًا ، ففِيهِ وَجْهَانِ ، أَحَدُهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِحَاجَتِهِ إِلَى الْمَالِ لِحِفْظِهِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا أَصَحُّ . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ اسْتِقْطَاقَ قِصَاصِهِ ، / وَأَمَّا حَاجَتُهُ فَإِنَّ تَفَقُّتَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ فَإِنَّ وَجُوبَ التَّفَقُّعِ فِي بَيْتِ الْمَالِ لَا يُغْنِيهِ إِذَا لَمْ يَحْصُلْ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ مُسْتَحِقُّ الْقِصَاصِ مُحْتَوًّا فَقِيرًا ، فَلَوْلَيْهِ الْعَفْوُ عَلَى الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَتْ حَالُهُ مُعَادَةً يَنْتَظَرُ فِيهَا إِفَاقَتَهُ ^(١٤) .

فصل : وَيَصِحُّ عَفْوُ الْمُفْلِسِ وَالْمَخْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَرِهِ عَنِ الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ . وَإِنْ أَرَادَ الْمُفْلِسُ الْقِصَاصَ ، لَمْ يَكُنْ لِعُرْمَانِهِ إِجْبَارُهُ عَلَى ثَرْكِهِ . وَإِنْ أَحَبَّ الْعَفْوُ عَنْهُ إِلَى مَالٍ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ حَظٌّ لِلْغُرَمَاءِ . وَإِنْ أَرَادَ الْعَفْوُ عَلَى غَيْرِ ^(١٥) مَالٍ ، اثْبَتْنِي عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ إِنْ قُلْنَا : الْوَاجِبُ الْقِصَاصُ . فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ مَالٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْغُرَمَاءِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ . لَمْ يَمْلِكْ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ يَجِبُ بِقَوْلِهِ : عَفَوْتُ عَنْ الْقِصَاصِ . فَقَوْلُهُ : عَلَى غَيْرِ مَالٍ . اسْتِقْطَاقُ لَهُ بَعْدَ وَجُوبِهِ وَتَعْيِينِهِ ، وَلَا يَمْلِكُ ذَلِكَ . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي السَّقْيَةِ وَوَارِثِ الْمُفْلِسِ . وَإِنْ عَفَا الْمَرِيضُ عَلَى غَيْرِ مَالٍ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ، سَوَاءً خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ لَمْ يَخْرُجْ . وَذَكَرَ أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَى هَذَا . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ : يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنْ ثَلَاثِهِ ، وَلَعَلَّهُ يَنْتَبِيْهِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي مُوَجِبِ الْعَمْدِ ، عَلَى مَا مَضَى .

فصل : وَإِذَا قُتِلَ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ ، فَالْأَمْرُ إِلَى السُّلْطَانِ ؛ فَإِنْ أَحَبَّ الْقِصَاصَ فَلَهُ ذَلِكَ ، وَإِنْ أَحَبَّ الْعَفْوَ عَلَى مَالٍ فَلَهُ ذَلِكَ ، وَإِنْ أَحَبَّ الْعَفْوَ إِلَى غَيْرِ مَالٍ لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِلْمُسْلِمِينَ ، وَلَا حَظَّ لَهُمْ فِي هَذَا . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، إِلَّا أَنَّهُمْ لَا يَرَوْنَ الْعَفْوَ عَلَى مَالٍ إِلَّا بِرِضَى الْجَانِي .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَكَ الْجَمَاعَةُ فِي الْقَتْلِ ، فَعَفَا عَنْهُمْ إِلَى الدِّيَّةِ ، فَعَلَيْهِمْ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ

(١٤) سَقَطَ مِنْ : ب . وَفِي م : هَجَرَ عَقْلَهُ .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : م .

عَمَّا عَنْ بَعْضِهِمْ ، فَعَلِيَ الْمَغْفُورُ عَنْهُ قِسْطُهُ^(١٦) مِنَ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ يَبْدُلُ الْمَحْلُ ، وَهُوَ وَاحِدٌ ، فَتَكُونُ دِيَّتُهُ وَاحِدَةً ، سَوَاءً أَتْلَفَهُ وَاحِدًا أَوْ جَمَاعَةً . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَتْلَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، فَكَانَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دِيَّةُ نَفْسٍ كَامِلَةٍ ، كَمَا لَوْ قَلَعَ الْأَعْوَرُ عَيْنَ صَحِيحٍ ، فَإِنَّهُ يُجِبُ عَلَيْهِ دِيَّةٌ عَلَيْهِ ، وَهُوَ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ يَبْدُلُ الْمُتْلِفُ ، فَلَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ^(١٧) الْمُتْلِفِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَتَلَ عَبْدٌ قِيَمَتَهُ الْفَانِ حُرًّا ، لَمْ يَمْلِكِ الْعَفْوُ عَلَى أَكْثَرِ مِنَ الدِّيَةِ ، وَأَمَّا / الْقِصَاصُ ، فَإِنَّهُ عُقُوبَةٌ عَلَى الْفِعْلِ ، فَيَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِهِ .

ظ ٦٢/٩

١٤٥٧ - مسألة : (وَإِذَا^(١٨) قُتِلَ مَنْ لِلْأُولِيَاءِ أَنْ يَقِيدُوا بِهِ^(١٩) ، قَبْدَلُ الْقَاتِلِ أَكْثَرَ مِنَ الدِّيَةِ عَلَى أَنْ لَا يَقَادَ ، فَلِلْأُولِيَاءِ قَبُولُ ذَلِكَ)

وَجَمَلُهُ أَنَّ مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ ، لَهُ أَنْ يُصَالِحَ عَنْهُ بِأَكْثَرِ مِنَ الدِّيَةِ ، وَيَقْدِرُهَا وَأَقْلَ مِنْهَا ، لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِمَا رَوَى عُمَرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ قَتَلَ عَمْدًا ذَفَعَ إِلَى أُولِيَاءِ الْمَقْتُولِ ؛ فَإِنْ شَاءُوا قَتَلُوا ، وَإِنْ شَاءُوا أَحَدُوا الدِّيَةَ ، ثَلَاثِينَ حِقَّةً ، وَثَلَاثِينَ جَذْعَةً ، وَأَرْبَعِينَ خَلِيفَةً^(٢٠) ، وَمَا صَالِحُوا^(٢١) عَلَيْهِ فَهُوَ لَهُمْ » . وَذَلِكَ لِتَشْدِيدِ الْعَقْلِ^(٢٢) . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٢٣) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ ، وَرَوَيْنَا أَنَّ هَذِبَةَ ابْنَ خَشْرَمٍ قَتَلَ قَتِيلًا ، قَبْدَلَ سَعِيدُ بْنُ الْعَاصِي وَالْحَسَنُ وَالْحُسَيْنُ ابْنَيْ الْمَقْتُولِ سَبْعَ

(١٦) في ب : ب قسطه .

(١٧) سقط من : ب ، م .

(١٨) في م : وإن .

(٢-٢) في ب : يقيدون .

(٣) الخلفة : الحامل .

(٤) في النسخ : صولها . والمثبت من مصادر التخرج .

(٥) في النسخ : القتل .

(٦) في : باب ما جاء في الدية كم هي من الإلهي ، من كتاب الديات . وفي : باب ما جاء سبب المؤمن فسوق ، من كتاب الإيمان . عارضة الأحمدي ١٥٩/٦ ، ١٦٠ ، ١٠٢/١٠ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من قتل عمدا فرضوا بالدية من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٧٧/٢ . والإمام أحمد ، في : للمسنن ١٨٣/٢ .

دِيَابِ ، لِيَعْفُو عَنْهُ ، فَأَبَى ذَلِكَ ، وَقَتْلَهُ ^(٧) . وَلَآئِهٖ عِوَضٌ عَنْ غَيْرِ مَالٍ ، فَجَازَ الصُّلْحَ عَنْهُ بِمَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ ، كَالصَّدَاقِ ، وَعِوَضِ الْخُلُجِ ، وَلَآئِهٖ صُلْحٌ عَمَّا لَا يَجْرِي فِيهِ الرِّبَا ، فَأَشْبَهَ الصُّلْحَ مِنَ الْعُرُوضِ .

١٤٥٨ - مسألة : قال : (وَإِذَا أَمْسَكَ رَجُلًا وَقَتْلَهُ آخَرُ ، قُبِلَ الْقَاتِلُ ، وَحُسِبَ الْمَاسِكُ حَتَّى يَمُوتَ)

يقال : أَمْسَكَ وَمَسَكَ وَمَسَّكَ . وقد جَمَعَ الْخَرَفِيُّ بَيْنَ اللَّغَتَيْنِ ، فَقَالَ : إِذَا أَمْسَكَ ، وَحُسِبَ الْمَاسِكُ . وَهُوَ اسْمُ الْفَاعِلِ مِنْ مَسَكَ مُحَقَّقًا . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْقَاتِلَ يُقْتَلُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ مَنْ يُكَافِئُهُ عَمْدًا بِغَيْرِ حَقٍّ ، وَأَمَّا الْمُمَسِّكُ ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْقَاتِلَ يَقْتُلُهُ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَسَبِّبٌ ، وَالْقَاتِلُ مُبَاشِرٌ ، فَيَسْقُطُ ^(٨) حُكْمُ الْمُتَسَبِّبِ بِهِ . وَإِنْ أَمْسَكَهُ لِيَقْتُلَهُ ، مِثْلُ أَنْ ضَبَطَهُ لَهُ حَتَّى ذَبَحَهُ ^(٩) . فَاخْتَلَفَتِ الرَّوَاةُ فِيهِ عَنْ أَحْمَدَ ؛ فَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ يُعْبَسُ حَتَّى يَمُوتَ . وَهَذَا قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَرَبِيعَةَ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يُقْتَلُ أَيْضًا . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . قَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ مُوسَى : الْاجْتِمَاعُ فِينَا أَنْ يُقْتَلَ ^(١٠) ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُمَسِّكْهُ ، مَا قَدَّرَ عَلَى قَتْلِهِ ، وَبِإِمْسَاكِهِ تَمَكَّنَ مِنْ قَتْلِهِ ، فَالْقَتْلُ حَاصِلٌ بِفَعْلِهِمَا ، فَيَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ / فِيهِ ، فَيَجِبُ عَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ جَرَحَاهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُثَنِّبِ : يُعَاقَبُ ، وَيَأْتَمُّ ، وَلَا يُقْتَلُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنْ أُغْنَى النَّاسُ عَلَى اللَّهِ ، مَنْ قَتَلَ غَيْرَ قَاتِلِهِ » ^(١١) . وَالْمُمَسِّكُ غَيْرُ قَاتِلٍ ، وَلَآئِنْ الْإِمْسَاكَ سَبَبٌ غَيْرُ مُلْجِيٍّ ، فَإِذَا اجْتَمَعَتْ مَعَهُ الْمُبَاشَرَةُ ،

١٦٣/٩

(٧) تقدم في صفحة ٥٧٨ .

(١) م : ذ : فسقط .

(٢) م : نهادة : ذ : له .

(٣) م : نهادة : ذ : أرى . وتقدم .

(٤) م : ذ : يقتل .

(٥) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٨٧/٢ ، ٣٢/٤ .

كان الضَّمانُ على المُباشِرِ ، كما لو لم يَعْلَمْ المُسْلِكُ أَنَّهُ يَقْتُلُهُ . ولَنَا ، ما رَوَى الدَّارُقُطْنِيُّ^(٦) ، بإسناده عن ابنِ عمرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « إِذَا أَمْسَكَ الرَّجُلُ ، وَقَتْلَهُ الْآخَرُ ، يُقْتَلُ الَّذِي قَتَلَ ، وَيُجْبَسُ الَّذِي أَمْسَكَ » . ولأنَّهُ حَبَسَهُ إِلَى الْمَوْتِ ، فَيُجْبَسُ الْآخَرُ إِلَى الْمَوْتِ ، كما لو حَبَسَهُ عَنِ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ حَتَّى مَاتَ ، فَإِنَّا نَفْعَلُ بِهِ ذَلِكَ حَتَّى يَمُوتَ .

فصل : وَإِنِ اتَّبَعَ رَجُلًا لِيَقْتُلَهُ ، فَهَرَبَ مِنْهُ ، فَأَذْرَكَ آخَرَ ، فَقَطَعَ رِجْلَهُ ، ثُمَّ أَذْرَكَ الثَّانِي فَقَتَلَهُ ، نَظَرْتُ ؟ فَإِنْ كَانَ قَصْدُ الْأَوَّلِ حَبْسَهُ بِالْقَطْعِ لِيَقْتُلَهُ الثَّانِي ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ فِي الْقَطْعِ ، وَحُكْمُهُ فِي الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ حُكْمُ الْمُسْلِكِ ؛ لِأَنَّهُ حَبَسَهُ عَلَى الْقَتْلِ ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ حَبْسَهُ ، فَعَلِيهِ الْقَطْعُ دُونَ الْقَتْلِ ، كَالَّذِي أَمْسَكَهُ غَيْرَ عَالِمٍ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا الْقَطْعُ بِكُلِّ حَالٍ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ الْحَابِسُ لَهُ يَفْعَلُهُ ، فَأُشْبِهَ الْحَابِسَ بِأَمْسَاكِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ اُعْتَبِرْتُمْ قَصْدَ الْإِمْسَاكِ هُنَا ، وَأَنْتُمْ لَا تَعْتَبِرُونَ إِرَادَةَ الْقَتْلِ فِي الْجَارِحِ ؟ قُلْنَا : إِذَا مَاتَ مِنَ الْجُرْحِ ، فَقَدِمَاتِ مِنْ سِرِّيَّتِهِ وَأَثَرِهِ ، فَتَعْتَبِرُ قَصْدَ الْجُرْحِ الَّذِي هُوَ السَّبَبُ دُونَ قَصْدِ الْأَثَرِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا إِنَّمَا كَانَ مَوْتُهُ بِأَثَرٍ غَيْرِ السَّرِيَّةِ ، وَالْفِعْلُ مُمَكِّنٌ لَهُ عَلَيْهِ^(٧) ، فَاعْتَبِرَ قَصْدُهُ لَذَلِكَ الْفِعْلِ ، كَمَا لَوْ أَمْسَكَهُ .

١٤٥٩ - مسألة : قال : (وَمَنْ أَمَرَ عَبْدَهُ أَنْ يَقْتُلَ رَجُلًا ، وَكَانَ الْعَبْدُ أَعْجَبِيًّا ، لَا يَعْلَمُ أَنَّ الْقَتْلَ مُحَرَّمٌ ، قُتِلَ السَّيِّدُ ، وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ حُطْرَ الْقَتْلِ ، قُتِلَ الْعَبْدُ ، وَأُذِّبَ السَّيِّدُ)

إِنَّمَا ذَكَرَ الْجَزْئِيَّ^(٨) كَوْنَهُ أَعْجَبِيًّا ، وَهُوَ الَّذِي لَا يُنْصَحُ ، لِيَتَحَقَّقَ مِنْهُ الْجَهْلُ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ الْجَهْلُ^(٩) فِي حَقِّ مَنْ نَشَأَ فِي غَيْرِ بِلَادِ الْإِسْلَامِ ، فَأَمَّا مَنْ أَقَامَ فِي بِلَادِ الْإِسْلَامِ

(٦) في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٤٠/٣ .

(٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٨) سقط من : الأصل ، ب .

بين أهله / ، فلا يحفى عليه تحريم القتل ، ولا يُعذّر في فعله ، ومتى كان العبد يعلم تحريم القتل ، فالقصاص عليه ، ويؤدّب سيّده ؛ لأمره بما أفضى إلى القتل ، بما يراه الإمام من الحبس والتعزير . وإن كان غير عالم بخطئه ، فالقصاص على سيّده ، ويؤدّب العبد . قال أحمد : يضرب ويؤدّب . ونقل عنه أبو طالب ، قال : يُقتل المولى^(١) ، ويحبس العبد حتى يموت ؛ لأنّ العبد سوط المولى وسيّفه . كذا قال عليّ ، وأبو هريرة . وقال عليّ ، رضى الله عنه : يُستودع السّجن . ومن قال بهذه الجملة الشافعى . ومن قال : إنّ السيّد يُقتل ؛ عليّ ، وأبو هريرة . وقال قتادة : يُقتلان جميعاً . وقال سليمان بن موسى : لا يُقتل الأмир ، ولكن يديه ، ويعاقب ويحبس ؛ لأنّه لم يباشير القتل ، ولا ألجأ إليه ، فلم يجب عليه قصاص ، كما لو علّم العبد خطر القتل . ولنا ، أن العبد إذا كان غير عالم بخطئه القتل ، فهو معتقد بإباحته ، وذلك شبهة تمنع القصاص ، كما لو اعتقده صيّداً فرماه ، فبان إنساناً ، ولأنّ حكمة القصاص الرّدع والزرع ، ولا يحصل ذلك في معتقد الإباحة ، وإذا لم يجب عليه ، وجب على السيّد ، لأنّه آله له ، لا يمكن إيجاب القصاص عليه ، فوجب على المتسبّب به ، كما لو أنهش حية أو كلباً ، أو ألقاه في زينة أسد فأكله . ويفارق هذا ما إذا علّم خطر القتل ، فإنّ القصاص على العبد ؛ لإمكان إيجابه عليه ، وهو مباشر له ، فائقطع حكم الأмир ، كالدافع مع الحافر ، ويكون على السيّد الأدب ؛ لتعديده بالتسبّب إلى القتل .

فصل : ولو أمر صبيّاً لا يميّز ، أو مجنوناً ، أو أعجمياً لا يعلم خطر القتل ، فقتل ، فالحكم فيه^(٢) كالحكم في العبد^(٣) ، يُقتل الأмир دون المباشر . ولو أمره برئى ، أو سرقة ، لم يجب الحدّ على الأмир ؛ لأنّ الحدّ لا يجب إلّا على المباشر ، والقصاص يجب بالتسبّب ، ولذلك وجب على المكره والشهود في القصاص .

فصل : ولو أمر السلطان رجلاً ، فقتل آخر ، فإن كان القاتل يعلم أنّه

(٢) في ب ، م ، ١ : الول ١ .

(٣-٢) ياض ل : ب .

لَا يَسْتَحِقُّ قَتْلَهُ ، فَالْقِصَاصُ عَلَيْهِ دُونَ الْآمِرِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْدُورٍ فِي فِعْلِهِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فِي مَعْصِيَةِ الْخَالِقِ »^(٤) . وَعَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ :
 « مَنْ أَمَرَكَ مِنَ الْوَلَاةِ بِغَيْرِ طَاعَةِ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَا تُطِيعُوهُ »^(٥) . فَلَزِمَهُ الْقِصَاصُ ، كَالْوَلَاةِ
 أَمْرَهُ غَيْرُ السُّلْطَانِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الْآمِرِ دُونَ الْمَأْمُورِ ؛ لِأَنَّ الْمَأْمُورَ
 مَعْدُورٌ ، لَوْجُوبِ طَاعَةِ الْإِمَامِ فِيمَا لَيْسَ بِمَعْصِيَةٍ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَأْمُرُ إِلَّا بِالْحَقِّ . وَإِنْ
 أَمْرَهُ غَيْرُ السُّلْطَانِ مِنَ الرُّعْيَةِ بِالْقَتْلِ ، فَقَتْلٌ ، فَالْقَوْدُ عَلَى الْمَأْمُورِ بِكُلِّ حَالٍ ، عَلِيمٌ أَوْ لَمْ
 يَعْلَمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ طَاعَتُهُ ، وَلَيْسَ لَهُ الْقَتْلُ بِحَالٍ ، بِخِلَافِ السُّلْطَانِ ، فَإِنَّ إِلَيْهِ الْقَتْلُ
 لِلرُّدَّةِ ، وَالزُّنَى ، وَقَطْعِ الطَّرِيقِ إِذَا قَتَلَ الْقَاطِعُ ، وَيَسْتَوْفَى الْقِصَاصَ لِلنَّاسِ ، وَهَذَا لَيْسَ
 إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ . وَإِنْ أَكْرَهَهُ السُّلْطَانُ عَلَى قَتْلِ أَحَدٍ ، أَوْ جَلَدَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَمَاتَ ،
 فَالْقِصَاصُ عَلَيْهِمَا . وَإِنْ وَجَبَتِ الدِّيَّةُ ، كَانَتْ عَلَيْهِمَا . فَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ يَعْتَقِدُ جَوَازَ
 الْقَتْلِ دُونَ الْمَأْمُورِ ، كَمُسْلِمٍ قَتَلَ ذِمِّيًّا ، أَوْ حُرًّا قَتَلَ عَبْدًا ، فَقَتْلُهُ ، فَقَالَ الْقَاضِي :
 الضَّمَانُ عَلَيْهِ دُونَ الْإِمَامِ ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ أَمْرُهُ بِمَا أَدَّى اجْتِهَادُهُ إِلَيْهِ ، وَالْمَأْمُورُ لَا يَعْتَقِدُ
 جَوَازَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْتُلَ أَمْرَهُ ، فَإِذَا قَتَلَهُ ، لَزِمَهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ مَنْ لَا يَجِلُّ لَهُ
 قَتْلُهُ . وَيَتَّبِعِي أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ الْعَامِّيِّ وَالْمُجْتَهِدِ ؛ فَإِنْ كَانَ مُجْتَهِدًا ، فَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا
 ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَإِنْ كَانَ مُقَلِّدًا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ تَقْلِيدَ الْإِمَامِ فِيمَا رَأَاهُ . وَإِنْ
 كَانَ الْإِمَامُ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَهُ ، وَالْقَاتِلُ يَعْتَقِدُ حِلَّهُ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْآمِرِ ، كَالْوَلَاةِ أَمْرَ السَّيِّدِ
 الَّذِي لَا يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَ الْقَتْلِ بِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٤) تقدم تحريمه ، في : ٤٣٣/٥ .

(٥) أخرجه ابن ماجه ، في : باب لا طاعة في معصية الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٥٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦٧/٣ .

فهرس الجزء الحادى عشر

الصفحة

٥٣ - ٥

كتاب الإيلاء

١٢٩٨ - مسألة : (والمولى الذى يحلف بالله عز وجل أن

لا يأت زوجة أكثر من أربعة أشهر) ٣٠ - ٥

شروط الإيلاء أربعة :

أحدها : أن يحلف بالله تعالى ... ٨ - ٥

فصل : الشرط الثانى ، أن يحلف على ترك

الوطء أكثر من أربعة أشهر ... ١٠ - ٨

فصل : وإذا علق الإيلاء بشرط

مستحيل ... فهو مولى ... ١١ ، ١٠

فصل : وإن علقه على غير مستحيل ،

فذلك على خمسة أضرب ... ١٣ - ١١

فصل : وإن قال : والله لا وطئتك إلا

برضاك ، لم يكن مولى ... ١٤ ، ١٣

فصل : وإن حلف على ترك وطئها عاما ،

ثم كفر عن يمينه ، انحل

الإيلاء ... ١٤

- فصل : فإن قال : والله لا وطئتك إن شاء
فلان . لم يصبر موليا حتى
يشاء ... ١٥ ، ١٤
- فصل : فإن قال : والله لا وطئتك . فهو
إيلاء ... ١٦ ، ١٥
- فصل : فإن قال : إن وطئتك ، فوالله
لا وطئتك ، لم يكن موليا في
الحال ... ١٧ ، ١٦
- فصل : فإن قال : والله لا وطئتك عاما ،
ثم قال : والله لا وطئتك عامًا .
فهو إيلاء واحد ... ١٨ ، ١٧
- فصل : فإن قال لأربع نسوة : والله لا
أقربكن . انبنى ذلك على أصل ،
وهو الحث بفعل بعض المخلوف
عليه أولا ... ١٩ ، ١٨
- فصل : فإن قال : والله لا وطئت واحدة
منكن . ونوى واحدة بعينها ،
تعلقت يمينه بها وحدها ، وصار
موليا منها دون غيرها ... ٢٠ ، ١٩
- فصل : فإن قال : والله لا وطئت كل
واحدة منكن . صار موليا منهن
كلهن في الحال ... ٢١ ، ٢٠

فصل : فإن قال : كلما وطئت واحدة	
منكن فضرائها طوالق ...	٢١ ، ٢٢
فصل : الشرط الثالث ، أن يحلف على ترك	
الوطء في الفرج ...	٢٢
فصل : الشرط الرابع ، أن يكون المحلوف	
عليها امرأة ...	٢٢ ، ٢٣
فصل : فإن آلى من الرجعية ، صح	
إيلأؤه ...	٢٣ ، ٢٤
فصل : ويصح الإيلاء من كل زوجة ،	
مسلمة كانت أو ذمية ، ...	٢٤ ، ٢٥
فصل : ويصح إيلاء الذمي ويلزمه ما يلزم	
المسلم إذا تقاضوا إلينا ...	٢٥ ، ٢٦
فصل : ولا يشترط في الإيلاء الغضب ،	
ولا قصد الإضرار ...	٢٦
فصل : في الألفاظ التي يكون بها موليا ،	
وهي ثلاثة أقسام ...	٢٦ - ٢٩
فصل : وإذا قال لإحدى زوجتي : والله	
لا وطئتك . ثم قال للآخرى :	
أشركتك معها . لم يصير موليا من	
الثانية ...	٢٩
فصل : ويصح الإيلاء ، بكل لغة من	
العجمية وغيرها ...	٢٩ ، ٣٠

- فصل : ومدة الإيلاء في حق الأحرار
والعبيد والمسلمين وأهل الذمة
سواء ... ٣٠
- ١٢٩٩ - مسألة : (فإذا مضت أربعة أشهر ، ورافحته ،
أمر بالفيقة ، والفيقة الجماع) ٣٠ - ٣٨
- فصل : وابتداء المدة من حين اليمين ، ولا
يفتقر إلى ضرب مدة ... ٣٢ ، ٣٣
- فصل : وإن وطئ العاقل ناسيا ليمينه ،
فهل يحنث ؟ على روايتين ... ٣٣
- فصل : وإن وطئها وطئا محرماً ، ... ،
حنث ... ٣٣ ، ٣٤
- فصل : وإذا آلى منها ، وثم عذر يمنع الوطء
من جهة الزوج ، كمرضه ،
أو ... ، حسبت عليه المدة من
حين إيلائه ... ٣٤ ، ٣٥
- فصل : وإذا انقضت المدة ، فلها المطالبة
بالفيقة إن لم يكن عنر ... ٣٥ ، ٣٦
- فصل : فإن عفت عن المطالبة بعد
وجوبها ، فقال بعض أصحابنا :
يسقط حقها ... ٣٦
- فصل : والأمة كالحرّة في استحقاق
المطالبة ، ... ٣٦ ، ٣٧

- فصل : فإن كانت المرأة صغيرة ، أو
 ٣٨ ، ٣٧ مجنونة ، فليس لها المطالبة ...
 ٤٢ - ٣٨ (والفقيهة : الجماع) مسألة : ١٣٠٠
 فصل : وإذا فاء ، لزمته الكفارة ، في قول
 ٣٩ ، ٣٨ أكثر أهل العلم ...
 فصل : وإن كان الإيلاء بتعليق عتق أو
 ٤١ - ٣٩ طلاق ، وقع بنفس الوطاء
 فصل : فإن قال : إن وطئت . فأنت على
 كظهر أمي . فقال أحمد : لا
 ٤٢ ، ٤١ يقرها حتى يُكفر ...
 مسألة : ١٣٠١ (أو يكون له عذر من مرض ، أو
 إحرام ، أو شيء لا يمكن معه
 الجماع ، فيقول : متى قدرت
 جامعتها . فيكون ذلك من قوله فيئة
 ٤٥ - ٤٢ للعذر)
 فصل : والإحرام كالمرض ...
 ٤٤ ، ٤٣ فصل : وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق
 ٤٤ يمكنه أدائه ، طوّل بالقيّة ...
 فصل : فإن كان مغلوباً على عقله مجنون أو
 ٤٤ إغماء ، لم يطالب ...
 فصل : وإذا انقضت المدة ، فادعى أنه
 عاجز عن الوطاء ، لم تُسمع دعواه
 ٤٥ ، ٤٤ العنة ...

- ١٣٠٢ - مسألة : (فمتى قدر ، فلم يفعل ، أمر
٤٥ (بالطلاق)
فصل : وليس على من فاء بلسانه كفارة ،
٤٥ ولا حنث ...
- ١٣٠٣ - مسألة : (فإن لم يطلق ، طلق الحاكم عليه) ٤٦ ، ٤٧
فصل : والطلاق الواجب على المولى
٤٧ ، ٤٦ رجعى ...
- ١٣٠٤ - مسألة : (فإن طلق عليه ثلاثا ، فهي ثلاث) ٤٧
١٣٠٥ - مسألة : (وإن طلق واحدة ، وراجع ، وقد بقى
من مدة الإيلاء أكثر من أربعة
أشهر ، كان الحكم كما حكمنا في
الأول) ٤٨ - ٥٠
- ١٣٠٦ - مسألة : (ولو وقفناه بعد الأربعة أشهر ، فقال :
قد أصبتها . فإن كانت ثيبا ، كان
القول قوله مع يمينه) ٥٠
فصل : ولو كانت هذه المرأة غير مدخول
بها ، فادعى أنه أصابها ،
وكذبته ، ثم طلقها ، وأراد
رجعتها ، كان القول قولها ... ٥٠
- ١٣٠٧ - مسألة : (ولو آلى منها ، فلم يصبها حتى طلقها ،
وانقضت عدتها منه ؛ ثم نكحها ،
وقد بقى من مدة الإيلاء أكثر من
أربعة أشهر ، وقف لها ، كما وصفت) ٥١ ، ٥٢

فصل : ولو آلى من امرأته الأمة ، ثم

اشتراها ، ثم أعتقها ، ثم

٥٢ ، ٥١

تزوجها ، عاد الإيلاء ...

١٣٠٨ - مسألة : (ولو آلى منها ، واختلفا في مضي الأربعة

أشهر ، كان القول قوله في أنها لم تمض

٥٢ - ٥٤

مع يمينه)

فصل : فإن ترك الوطء بغير يمين ، لم يكن

٥٣

مولىا ...

١١٩ - ٥٤

كتاب الظهار

فصل : وكل زوج صح طلاقه صح

٥٦

ظهاره ...

فصل : ومن لا يصح طلاقه لا يصح

٥٧

ظهاره ...

٥٧

فصل : ويصح الظهار من كل زوجة ...

١٣٠٩ - مسألة : (وإذا قال لزوجته : أنت على كظهر

أُمى ، أو ... فلا يطأها حتى يأتي

٧١ - ٥٧

بالكفارة)

في هذه المسألة فصول خمسة :

أحدها : أنه متى شبه امرأته بمن تحرم عليه

على التأييد ، فقال : أنت على

- كظهر أمى ، أو أختى ، أو
 ٥٨ ، ٥٧ غيرهما . فهو مظاهر ...
- الفصل الثانى : إذا شبهها بظهر من تحرم
 عليه تحريما مؤقتا ، كأخت
 امرأته ، وعمتها ، أو الأجنبية .
- ٥٩ ، ٥٨ فمن أحمد فيه روايتان ...
- فصل : وإن شبهها بظهر أبيه ، أو بظهر
 غيره من الرجال ، أو ... ، ففى
 ٥٩ ذلك كله روايتان ...
- فصل : فإن قال : أنت عندى ، أو
 منى ، أو معى ، كظهر أمى ،
 ٦٠ كان ظهرا بمنزلة على ...
- فصل : وإن قال : أنت على كأمرى ، أو :
 مثل أمى . ونوى به الظهار ، فهو
 ٦١ ، ٦٠ ظهار ...
- الفصل الثالث : أنه إذا قال : أنت على
 حرام . فإن نوى به الظهار ، فهو
 ٦٢ ، ٦١ ظهار ، فى قول عامتهم ...
- فصل : فإن قال : الحبل على حرام ... فهو
 ٦٢ مظاهر ...
- فصل : وإن قال : أنت على كظهر أمى
 حرام . فهو صريح فى الظهار ...
 ٦٣ ، ٦٢

- فصل : وإن قال : أنت طالق كظهر
 ٦٣ أمي . طلقت ...
- فصل : فإن قال : أنت على حرام ، ونوى
 الطلاق والظهار معا ، كان
 ٦٤ ، ٦٣ ظهراً ، ولم يكن طلاقاً ...
- الفصل الرابع : أنه إذا شبه عضواً من امرأته
 بظهر أمه أو عضواً من أعضائها ،
 ٦٥ ، ٦٤ فهو مظاهر ...
- فصل : وإن قال : كشعر أمي ، أو
 سننها ، أو ظفرها ، أو ... لم يكن
 ٦٥ مظاهراً ...
- فصل : فإن قال : أنا مظاهر ، أو ... ولا
 ٦٦ ، ٦٥ نية له ، لم يلزمه شيء ...
- فصل : يُكره أن يسمى الرجل امرأته بمن
 ٦٦ تحرم عليه ...
- الفصل الخامس : أن المظاهر يحرم عليه
 ٦٧ ، ٦٦ وطء امرأته قبل أن يكفر .
- فصل : فأما التلذذ بما دون الجماع ...
 ٦٧ ففيه روايتان ...
- فصل : ولا يصح الظهار من أمته ، ولا أم
 ٦٨ ، ٦٧ ولده ...
- فصل : ويصح الظهار مؤقتاً ...
 ٦٨ - ٧٠

- فصل : ويصح تعليق الظهار
بالشروط ... ٧٠
- فصل : فإن قال : أنت على كظهر أمي ،
إن شاء الله . لم ينعقد ظهاره ... ٧٠ ، ٧١
- ١٣١٠ - مسألة : (فإن مات ، أو ماتت ، أو طلقها ، لم
تلتزمه الكفارة ...) ٧١ - ٧٥
- الكلام في هذه المسائل في ثلاثة فصول :
أحدها : أن الكفارة لا تجب بمجرد
الظهار ... ٧١ ، ٧٢
- الفصل الثاني : أنه إذا طلق من ظاهر
منها ، ثم تزوجها ، لم يحل له وطؤها
حتى يكفر ... ٧٢ ، ٧٣
- الفصل الثالث : أن العود هو الوطء ،
فمتى وطئ لزمته الكفارة ... ٧٣ - ٧٥
- ١٣١١ - مسألة : (وإذا قال لامرأة أجنبية : أنت على
كظهر أمي . لم يطأها إن تزوجها
حتى يأتى بالكفارة) ٧٥ - ٧٧
- فصل : وإذا قال : كل امرأة أتزوجها فهي
على كظهر أمي . ثم تزوج نساء ،
وأراد العود ، فعليه كفارة
واحدة ... ٧٦ ، ٧٧
- ١٣١٢ - مسألة : (ولو قال : أنت على حرام . وأراد في

تلك الحال ، لم يكن عليه شيء وإن

٧٧

(تزوجها ...)

١٣١٣ - مسألة : (ولو ظاهر من زوجته ، وهى أمة ، فلم

يكفر حتى ملكها ، انفسخ

٧٨ ، ٧٧

النكاح ، ولم يطأها حتى يكفر)

١٣١٤ - مسألة : (ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة

واحدة ، لم يكن عليه أكثر من

٧٨ - ٨٠

(كفارة)

فصل : ومفهوم كلام الخرق ، أنه إذا ظاهر

منهن بكلمات ، فقال لكل

واحدة : أنت على كظهر أمى .

٨٠ ، ٧٩

فإن لكل يمين كفارة ...

فصل : إذا ظاهر من امرأة ، ثم قال

لأخرى : أشركك معها ، ...

ونوى المظاهرة من الثانية ، صار

٨٠

مظاهرا منها ...

١٣١٥ - مسألة : (والكفارة عتق رقبة مؤمنة سالمة من

٨٠ - ٨٥

الميوب المضرة بالعمل)

فى هذه المسألة ثلاث مسائل :

الأولى : أن كفارة المظاهر القادر على

الإعتاق ، عتق رقبة ، لا يجزئه غير

٨١

ذلك ...

- المسألة الثانية : أنه لا يجوز له إلا عتق رقبة
 مؤمنة في كفارة الظهار ، وسائر
 الكفارات ... ٨١ ، ٨٢
- المسألة الثالثة : أنه لا يجوز له إلا رقبة سالمة من
 العيوب المضرة بالعمل ضررا
 بينا ... ٨٢
- فصل : ولا يجوز قطع مقطوع اليد ، أو
 الرجل ، ... ٨٢ ، ٨٣
- فصل : ويجزئ الأعور ، في قولهم
 جميعا ... ٨٣ - ٨٥
- فصل : ويجزئ عتق الجاني والمرهون ... ٨٥
- فصل : ولا يجوز عتق المغصوب ... ٨٥
- ١٣١٦ - مسألة : (فمن لم يجد ، فصيام شهرين متتابعين) ٨٥ - ٨٨
 فصل : فإن كان موسرا حين وجوب
 الكفارة ، إلا أن ماله غائب ، فإن
 كان مرجو الحضور قريبا ، لم يجوز
 الانتقال إلى الصيام ... ٨٧
- فصل : وإن وجد ثمن الرقبة ، ولم يجد رقبة
 يشتريها ، فله الانتقال إلى
 الصيام ... ٨٧ ، ٨٨
- ١٣١٧ - مسألة : (فإن أفطر فيهما من عذر بني ، وإن
 أفطر من غير عذر ابتداء) ٨٨ - ٩١

- فصل : وإن أفطر لسفر مبيح للفطر ،
 ٩٠ فكلام أحد يحتل الأمرين ...
- فصل : وإن أفطر في أثناء الشهرين لغير
 عذر ، ... لزمه استئاف
 ٩١ الشهرين .
- ١٣١٨ - مسألة : (وإن أصابها في ليالي الصوم ، أفدما
 مضى من صيامه ، وابتدأ
 ٩١ ، ٩٢ الشهرين)
- ١٣١٩ - مسألة : (فإن لم يستطع ، فإطعام ستين
 ٩٢ ، ٩٣ مسكينا)
- ١٣٢٠ - مسألة : (لكل مسكين مد من بر أو نصف
 ٩٤ - ٩٨ صاع من تمر أو شعير)
- فصل : وبقي الكلام في الإطعام في أمور
 ثلاثة ؛ كقيته ، وجنس
 ٩٧ ، ٩٨ الطعام ، ومستحقه ...
- فصل : ولا يجب التابع في الإطعام ...
 ٩٨ (ولو أعطى مسكينا مدين من كفاوتين
 في يوم واحد ، أجزأ ، في إحدى
 ٩٨ - ١٠٣ الروايتين)
- فصل : والأفضل عند أبي عبد الله ،
 ٩٩ - ١٠١ إخراج الحب ...
- فصل : ولا تجزئ القيمة في الكفارة ...
 ١٠١ - ١٠٣

- فصل : ويجوز دفع الكفارة إلى من ظاهره الفقر ... ١٠٣
- ١٣٢٢ - مسألة : (ومن ابتدأ صوم الظهار من أول شعبان ، أفطر يوم الفطر ، وبني ...) ١٠٣ - ١٠٦
- فصل : ويجوز أن يتدى صوم الشهرين من أول شهر ، ومن أثناثه ... ١٠٤ ، ١٠٥
- فصل : فإن نوى صيام شهر رمضان عن الكفارة ، لم يميزه عن رمضان ، ولا عن الكفارة ، وانقطع التابع ... ١٠٥ ، ١٠٦
- ١٣٢٣ - مسألة : (وإذا كان المظاهر عبداً ، لم يكفر إلا بالصيام ، ...) ١٠٦ - ١١٠
- فصل : والاعتبار في الكفارة بحالة الوجوب ... ١٠٧ - ١٠٩
- فصل : إذا قلنا : الاعتبار بحالة الوجوب ، فوقته في الظهار زمن العود ، لا وقت المظاهرة ... ١٠٩ ، ١١٠
- فصل : وإذا كان المظاهر ذمياً ، فتكفيه بالعتق ، أو الإطعام ... ١١٠
- ١٣٢٤ - مسألة : (ومن وطئ قبل أن يأتي بالكفارة ، كان عاصياً ، وعليه الكفارة المذكورة) ١١٠ ، ١١١

- ١٣٢٥ - مسألة : (وإذا قالت المرأة لزوجها : أنت على كظهر أبى ، لم تكن مظهرة ، ولزمتها كفارة الظهار...) ١١٤ - ١١١
- فصل : وإذا قلنا وجوب الكفارة عليها ، فلا تجب الكفارة عليها حتى يطأها وهي مطاوعة ... ١١٤
- ١٣٢٦ - مسألة : (وإذا ظاهر من زوجته مرازاً ، فلم يكفر ، فكفارة واحدة) ١١٩ - ١١٤
- فصل : والنية شرط فى صحة الكفارة ... ١١٧ - ١١٥
- فصل : وإذا كانت على رجل كفارتان ، فأعتق عنهما عبيدين ، لم يخل من أربعة أحوال ... ١١٨ ، ١١٧
- فصل : ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبله ... ١١٩ ، ١١٨
- ١٩٢ - ١٢٠ كتاب اللعان
- ١٣٢٧ - مسألة : (وإذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة ، فقال لها : زني . أو يا زانية . أو رأيتك تزني . ولم يأت بالبينة ... لزمه الحمد ...) ١٣٨ - ١٢٢

- الكلام في هذه المسألة في فصول :
- أحدها : في صفة الزوجين اللذين يصح
 اللعان بهما ... ١٢٢ - ١٢٤
- فصل : ولا فرق بين كون الزوجة مدخولا
 بها ، أو غير مدخول بها ، في أنه
 يلاعنها ... ١٢٤
- فصل : فإن كان أحد الزوجين غير
 مكلف ، فلا لعان بينهما ... ١٢٥ - ١٢٧
- فصل : فأما الأخرس والأخرساء ...
 فهما كالمجنونين فيما ذكرناه ... ١٢٧ ، ١٢٨
- فصل : فإن قذف الأخرس ولاعن ثم
 تكلم ، فأنكر القذف
 واللعان ، لم يقبل إنكاره
 للقذف ... ١٢٨
- فصل : فإن قذفها وهو ناطق ، ثم
 خرس ... فحكمه حكم
 الأخرس الأصلي ... ١٢٨ ، ١٢٩
- فصل : وكل موضع لا لعان فيه ،
 فالنسب لا حق فيه ... ١٢٩
- الفصل الثاني : أنه لا لعان بين غير
 الزوجين ... ١٢٩ - ١٣٢
- فصل : وإذا نكح امرأة نكاحا فاسدا ،

- ثم قذفها ، وبينهما ولد يريد
نفيه ، فله أن يلاعن لنفيه ، ولا
حد عليه ... ١٣٢
- فصل : فلو أبان زوجته ، ثم قذفها بزنى
أضافه إلى حال الزوجية ، فهي
كالمسألة قبلها ... ١٣٣
- فصل : إذا اشترى زوجته الأمة ، ثم أقر
بوطئها ، ثم أتت بولد لسته
أشهر ، كان لاحقاً به ، ولم
يتنف عنه إلا بدعوى
الاستبراء ... ١٣٣
- فصل : إذا قذف مطلقة الرجعية ، فله
لعانها ، سواء كان بينهما ولد أو لم
يكن ... ١٣٣ ، ١٣٤
- فصل : وإن قذف زوجته ثم أبانها ، فله
لعانها ... ١٣٤
- فصل : فإن قالت : قذفني قبل أن
يتزوجني ، وقال : بل بعده ...
فالقول قوله ... ١٣٤ ، ١٣٥
- فصل : ولو قذف أجنبية ، ثم تزوجها ،
فعليه الحد ، ولا يلاعن ... ١٣٥
- فصل : ولو قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً
يا زانية ... يلاعن ... ١٣٥ ، ١٣٦

- الفصل الثالث : أن كل قذف للزوجة
 ١٣٦ ... يجب به اللعان
- الفصل الرابع : أنه إذا قذف زوجته
 المحصنة ، وجب عليه الحد ... ١٣٦ ، ١٣٧
- ١٣٢٨ - مسألة : (ولا يُعْرَضُ له ، حتى تطالبه زوجته) ١٣٨ - ١٤٤
 فصل : وإذا قذفها ثم مات قبل لعانها ،
 أو قبل إتمام لعانه ، سقط
 اللعان ... ١٣٩ ، ١٤٠
- فصل : وإذا مات المقذوف قبل المطالبة
 بالحد ، سقط ، ولم يكن لورثته
 الطلب به ... ١٤٠ ، ١٤١
- فصل : وإذا قذف امرأته ، وله بينة ،
 تشهد بزناها ... فهو مخير بين
 لعانها وإقامة البينة ... ١٤١
- فصل : وإن قذفها ، فطالته بالحد ،
 فأقام شاهدين على إقرارها
 بالزنى ، سقط عنه الحد ... ١٤١ ، ١٤٢
- فصل : فإن شهد شاهدان أنه قذف
 فلانة وقذفنا ، لم تقبل
 شهادتهما ... ١٤٢ ، ١٤٣
- فصل : ولو شهد شاهد أنه أقر بالعربية
 أنه قذفها ، وشهد آخر أنه أقر

- بذلك بالعجیة ، تمت
 الشهادة ... ١٤٣ ، ١٤٤
- ١٣٢٩ - مسألة : (فمتى تلاعنا وفرق الحاكم بينهما ، لم
 يجمعها أبدا) ١٤٤ - ١٥٠
 في هذه المسألة مسألان :
 إحداهما : أن الفرقة بين المتلاعنين لا
 تحصل إلا بتلاعنها جميعا ... ١٤٤ - ١٤٧
 فصل : وفرقة اللعان فسخ . ١٤٧
 فصل : وذكر بعض أهل العلم ، أن
 الفرقة إنما حصلت باللعان . ١٤٨ ، ١٤٩
 المسألة الثانية : أنها تحرم عليه باللعان
 تحريما مؤبدا ... ١٤٩
 فصل : فإن كانت أمة ، فاشترها
 ملاعنها ، لم تحل له ... ١٤٩ ، ١٥٠
- ١٣٣٠ - مسألة : (فإن أكذب نفسه ، فلها عليه الحد) ١٥٠ - ١٥٢
 فصل : ويلحقه نسب الولد ... ١٥٠ ، ١٥١
 فصل : فإن لم يكذب نفسه ، ولكن لم
 يكن له بينة ، ولا لاعن ، أقيم
 عليه الحد ... ١٥١ ، ١٥٢
- ١٣٣١ - مسألة : (وإن قذفها ، وانتفى من ولدها ، وتم
 اللعان بينهما بتفريق الحاكم ، نفى
 عنه ، إذا ذكره في اللعان) ١٥٢ - ١٥٦

- فصل : وإن ولدت امرأته توأمين ، وهو
أن يكون بينهما دون ستة أشهر ،
فاستلحق أحدهما ، ونفى
الآخر ، لحقا به ... ١٥٤ - ١٥٦
- فصل : وإن مات أحد التوأمين ، أو ماتا
معاً ، فله أن يلاعن لنفى
نسبهما ... ١٥٦
- ١٣٣٢ - مسألة : (وإن أكذب نفسه بعد ذلك ، لحقه
الولد) ١٥٦ - ١٦٠
- فصل : والقذف على ثلاثة أضرب ... ١٥٦ - ١٦٠
- فصل : فإن أكرهت زوجته على الزنا في
طهر لم يصيبها فيه ، فأنت بولد
يمكن أن يكون من الواطيء ،
فهو منه ، وليس للزوج قذفها
بالزنى ... ١٦٠
- ١٣٣٣ - مسألة : (وإن نفى الحمل في التعانه ، لم ينتف
عنه حتى ينفيه عند وضعها له ،
ويلاعن) ١٦٠ - ١٦٥
- فصل : وإن استلحق الحمل ، فمن
قال : لا يصح نفيه ، قال : لا
يصح استلحاقه ... ١٦٢
- فصل : وإذا ولدت امرأته ولداً ،
فسكت عن نفيه ، مع إمكانه ،
لزمه نسبه ... ١٦٢ - ١٦٤

- فصل : فإن هُتئ به ، فأُمن على
الدعاء ، لزمه ، في قولهم
جميعا ... ١٦٤ ، ١٦٥
- ١٣٣٤ - مسألة : (ولو جاءت امرأته بولد ، فقال : لم
تزن ، ولكن ليس هذا الولد مني .
فهو ولده في الحكم ، ولا حد عليه
لها) ١٦٥ - ١٧٣
- فصل : ومن ولدت امرأته ولدا لا يمكن
كونه في النكاح ، لم يلحقه
نسيه ... ١٦٧ - ١٦٩
- فصل : وإن طلق امرأته وهي حامل ،
فوضعت ولدا ، ثم ولدت آخر
قبل مضي ستة أشهر ، فهو من
الزوج ... ١٦٩ - ١٧١
- فصل : فإن غاب عن زوجته سنين ،
فبلغتها وفاته ، ... فسُخ نكاح
الثاني ، وردت إلى الأول ... ١٧١
- فصل : وإن وطئ رجل امرأة لا زوج لها
بشبهة ، فأُنت بولد ، لحقه
نسيه ... ١٧١ - ١٧٣
- فصل : وإن أُنت امرأته بولد ، فادعى أنه
من زوج قبله ، نظرنا ... ١٧٣

١٣٣٥ - مسألة : (.. اللعان الذى يقرأ به من

١٧٤ - ١٨٠

(الحدد ...)

فى هذه المسألة مسألتان :

إحداهما : أن اللعان لا يصح إلا بمحضر

١٧٤ من الحاكم، أو من يقوم مقامه ...

فصل : ويستحب أن يكون اللعان

١٧٤ ، ١٧٥ بمحضر جماعة من المسلمين ...

فصل : قال القاضى : ولا يستحب

التغليظ فى اللعان بمكان ولا

١٧٥ ، ١٧٦ زمان ...

المسألة الثانية : فى ألفاظ اللعان

١٧٦ - ١٧٩

وصفته ...

فصل : ويشترط فى صحة اللعان شروط

١٧٩ ، ١٨٠

سته ...

فصل : وإن كان الزوجان يعرفان

العريضة ، لم يجوز أن يلتعنا

١٨٠

بغيرها ...

١٣٣٦ - مسألة : (وإن كان بينهم فى اللعان ولد ، ذكر

١٨٠ - ١٨٨

(الولد ...)

فصل : وإذا قذف امرأته بالزنى برجل

بعينه ، فقد قذفهما ، وإذا لاعتها

١٨١ ، ١٨٢

سقط الحد عنه لهما ...

- فصل : ولو قذف امرأته وأجنبية
بكلمتين ، فعليه حدان لهما ... ١٨٢ ، ١٨٣
- فصل : ولو قال لزوجته : يا زانية يا بنت
الزانية . فقد قذفها ، وقذف أمها
بكلمتين ... ١٨٣ ، ١٨٤
- فصل : وإن قذف محصنا مرات ، فحد
واحد ... ١٨٤ - ١٨٨
- ١٣٣٧ - مسألة : (فإن التعن هو ، ولم تلعن هي ، فلا
حد عليها ، والزوجة بحالها) ١٨٨ - ١٩٠
- ١٣٣٨ - مسألة : (وكذلك إن أقرت دون الأربع مرات) ١٩٠ - ١٩٢
- فصل : ولو قال لامرأته : يا زانية .
فقال : بك زني . فلا حد
عليها ، ولا عليه ... ١٩١ ، ١٩٢

١٩٣ - ٣٠٨ كتاب العُدَّة

- فصل : وتجب العُدَّة على الذمية من
الذمي والمسلم ... ١٩٤
- فصل : والمعتدات ثلاثة أقسام ... ١٩٤ ، ١٩٥
- فصل : وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة
الطلاق ... ١٩٥ ، ١٩٦
- فصل : والموطوءة بشبهة تعتد عدة

- المطلقة ، وكذلك الموطوءة في
نكاح فاسد ... ١٩٦
- فصل : والمرئي بها ، كالموطوءة بشبهة في
العدة ... ١٩٦ ، ١٩٧
- ١٣٣٩ - مسألة : (وإذا طلق الرجل زوجته وقد خلا
بها ، فعسرتها ثلاث حيض غير
الحيضة التي طلقها فيها) ١٩٧ - ٢٠٤
- في هذه المسألة ثلاثة فصول :
أحدها : أن العدة تجب على كل من خلا
بها زوجها ، وإن لم يلمسها ١٩٧ ، ١٩٨
- فصل : وظاهر كلام الحرق ، أنه لا فرق
بين أن يخلو بها مع المانع من
الوطء ، أو عدمه ... ١٩٨ ، ١٩٩
- الفصل الثاني : أن عدة المطلقة ، إذا
كانت حرة وهي من ذوات
القروء ، ثلاثة قروء ... ١٩٩ - ٢٠٣
- الفصل الثالث : أن الحيضة التي تطلق
فيها ، لا تحسب من عدتها ... ٢٠٣ ، ٢٠٤
- ١٣٤٠ - مسألة : (فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة ،
أبيحت للأزواج) ٢٠٤ - ٢٠٦
- فصل : وإن قلنا : القروء الأطهار .
فطلقها وهي طاهر ، انقضت

- عدتها برؤية الدم من الحيضة
الثالثة ... ٢٠٥ ، ٢٠٦
- ١٣٤١ - مسألة : (وإن كانت أمة : فإذا اغتسلت من
الحيضة الثانية) ٢٠٦ ، ٢٠٧
- ١٣٤٢ - مسألة : (وإن كانت من الآيسات ، أو ممن لم
يحضن ، فعدتها ثلاثة أشهر) ٢٠٧ ، ٢٠٨
- فصل : وتحسب العدة من الساعة التي
فارقها زوجها فيها ... ٢٠٨
- ١٣٤٣ - مسألة : (والأمة شهران) ٢٠٨ - ٢١٢
- فصل : واختلف عن أحمد في السن
الذى تصير به المرأة من
الآيسات ... ٢١٠ ، ٢١١
- فصل : وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع
سنين ... ٢١١
- فصل : فإن بلغت سنًا تحيض فيه النساء
في الغالب ، فلم تحض ...
- ٢١٢ فعدتها ثلاثة أشهر ...
- ١٣٤٤ - مسألة : (وإذا طلقها طلاقًا يملك فيه الرجعة ،
وهي أمة ، فلم تنقض عدتها حتى
أعتقت ، بنت على عدة حرة ...) ٢١٢ - ٢١٤
- فصل : إذا عتقت الأمة تحت العبد ،
فاختارت نفسها ، اعتدت عدة
الحرّة ... ٢١٤

- ١٣٤٥ - مسألة : (وإذا طلقها وهي ممن حاضت ،
فارتفع حيضها... اعتدت سنة) ٢١٤ ، ٢١٥
فصل : فإن عاد الحيض في السنة ...
لزمها الانتقال إلى القروء ... ٢١٥
- ١٣٤٦ - مسألة : (وإن كانت أمة ، اعتدت بأحد عشر
شهرا ، تسعة أشهر للحمل ،
وشهران للعدة) ٢١٥ ، ٢١٦
- ١٣٤٧ - مسألة : (وإن عرفت ما رفع الحيض ، كانت في
عدة حتى يعود الحيض ، فتعد
به ...) ٢١٦ ، ٢١٧
- ١٣٤٨ - مسألة : (وإن حاضت حيضة أو حيزتين ، ثم
ارتفع حيضها ... لم تنقض عدتها
إلا بعد سنة من وقت انقطاع
الحيض) ٢١٧ - ٢٢٠
- فصل : فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد ما
بين حيزتيها ، لم تنقض عدتها
حتى تحيض ثلاث حيض ... ٢١٨ ، ٢١٩
- فصل : في عدة المستحاضة ؛ لا تخلو إما
أن يكون لها حيض محكوم به
بعادة أو تمييز ، أو لا تكون
كذلك ... ٢١٩ ، ٢٢٠
- ١٣٤٩ - مسألة : (ولو طلقها وهي من اللاتي لم يحضن ،

- فلم تنقض عدتها بالشهور حتى
حاضت ، استقبلت العدة بثلاث
حيض إن كانت حرة ... (٢٢٠ - ٢٢٣)
فصل : ولو حاضت حيضة أو حيضتين ،
ثم صارت من الآيسات ،
استأنفت العدة بثلاثة أشهر ... ٢٢٠ ، ٢٢١
فصل : وإذا ارتأبت المعتدة ...
وشكت هل هو حمل أم لا ..
فلا يخلو من ثلاثة أحوال ... ٢٢١
فصل : وإذا طلق واحدة من نسائه لا
يعينها ، أخرجت بالقرعة ... ٢٢٢ ، ٢٢٣
١٣٥٠ - مسألة : (ولو مات عنها ، وهو حر أو عبد ،
قبل الدخول أو بعده ، انقضت
عدتها تمام أربعة أشهر وعشر ...) ٢٢٣ - ٢٢٧
فصل : والعشر المعتبرة في العدة هي
عشر ليال بأيامها ... ٢٢٤ ، ٢٢٥
فصل : وإذا مات زوج الرجعية ،
استأنفت عدة الوفاة ، أربعة
أشهر وعشرا ... ٢٢٥ - ٢٢٧
١٣٥١ - مسألة : (ولو طلقها ، أو مات عنها ، وهي
حامل منه ، لم تنقض عدتها إلا
بوضع الحمل ، أمة كانت أو حرة) ٢٢٧ - ٢٢٩

- فصل : وإذا كان الحمل واحداً ،
 ٢٢٩ انقضت العدة بوضعه ...
- ١٣٥٢ - مسألة : (والحمل الذى تنقضى به العدة ، ما
 يتبين فيه شيء من خلق
 الإنسان ...)
 ٢٣٢ - ٢٢٩
- فصل : وأقل مدة الحمل ستة أشهر ...
 ٢٣٢ ، ٢٣١
- ١٣٥٣ - مسألة : (ولو طلقها ، أو مات عنها ، فلم
 تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو
 موته بأربع سنين ، لحقه الولد ،
 وانقضت عدتها به)
 ٢٣٦ - ٢٣٢
- فصل : وإن أتت بالولد بعد أربع سنين :
 منذ مات ... لم يلحقه
 ولدها ...
 ٢٣٤
- فصل : وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها
 بالقروء ، ثم أتت بولد لستة أشهر
 فصاعداً من بعد انقضائها ، لم
 يلحق نسبه بالزوج ...
 ٢٣٥
- فصل : وإذا مات الصغير الذى لا يولد
 لمثله عن زوجته ، فأنت بولد ، لم
 يلحقه نسبه ...
 ٢٣٦ ، ٢٣٥
- ١٣٥٤ - مسألة : (ولو طلقها ، أو مات عنها ، فلم
 تنقض عدتها حتى تزوجت من

- أصابها ، فُرق بينهما ، وبنت على
ما مضى من عدة الأول ، ثم
استقبلت العدة من الثاني (٢٣٦ - ٢٣٩
- ١٣٥٥ - مسألة : (وله أن ينكحها بعد انقضاء
العدتين) (٢٣٩ ، ٢٤٠
- فصل : وكل معتدة من غير النكاح
الصحيح... ، فقياس المذهب
تحريم نكاحها على الواطئ
وغيره ... ٢٤٠
- ١٣٥٦ - مسألة : (وإن أتت بولد يمكن أن يكون منهما ،
أرى القافة ، وألحق بمن ألحقوه
منهما ، ...) (٢٤١ - ٢٦٢
- فصل : وإذا تزوج معتدة ، وهما عالمان
بالعدة ، وتحريم النكاح فيها ،
ووطئها ، فهما زانيان ... ٢٤٢
- فصل : وإذا خالعت الرجل زوجته ، أو
فسخ نكاحه ، فله أن يتزوجها
في عدتها ... ٢٤٢ - ٢٤٤
- فصل : وإن طلقها طلاقا رجعيا ، ثم
ارتجعها في عدتها ووطئها ، ثم
طلقها ، انقطعت العدة الأولى
برجعته ... ٢٤٤ ، ٢٤٥

- فصل : فإن طلقها طلاقاً رجعيًا ،
فنكحت في عدتها من وطئها ،
فقد ذكرنا أنها تبني على عدة
الأول، ثم تستأنف عدة للثاني ... ٢٤٥ ، ٢٤٦
- فصل : إذا تزوج رجل امرأة لها ولد من
غيره ، فمات ولدها ، فإن أحمد
قال : يعتزل امرأته حتى تحيض
حيضة ... ٢٤٦
- فصل : في أحكام المفقود ... ٢٤٧ - ٢٥١
- فصل : وهل يعتبر أن يطلقها وليُّ
زوجها ، ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة
قروء ؟ فيه روايتان ... ٢٥١
- فصل : وهل يعتبر ابتداء المدة من حين
الغيبه أو من حين ضرب الحاكم
المدة ؟ على روايتين ... ٢٥١ ، ٢٥٢
- فصل : فإن قدم زوجها الأول قبل أن
تتزوج ، فهي امرأته ... ٢٥٢ ، ٢٥٣
- فصل : ومتى اختار الأول تركها ، فإنه
يرجع على الثاني بصداقها ... ٢٥٣ - ٢٥٥
- فصل : وإن اختارت امرأة المفقود المقام
والصبر حتى يتبين أمره ، فلها

٢٥٧ - ٢٥٥	النفقة ما دام حيا ...
	فصل : في ميراثها من الزوجين ،
٢٥٨ ، ٢٥٧	وتوريثهما منهما ...
	فصل : وإذا تزوجت امرأة المفقود ، في وقت ليس لها أن تتزوج فيه ...
٢٥٩ ، ٢٥٨	فنكاحها باطل ...
	فصل : ويقسم مال المفقود في الوقت الذي تؤولر زوجته بعدة الوفاة فيه ...
٢٥٩	فصل : وإن تصرف الزوج المفقود في زوجته ... صح تصرفه ...
٢٥٩	فصل : وإذا فقدت الأمة زوجها ، تربصت أربع سنين ، ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام ...
٢٦٠ ، ٢٥٩	فصل : فإن غاب رجل عن زوجته ، فشهد ثقات بوفاته ، فاعتدت زوجته للوفاة ، أبيض لها أن تتزوج ...
٢٦١ ، ٢٦٠	فصل : وإذا نكح رجل امرأة نكاحا متفقا على بطلانه ... فلا حكم لعقده ...
٢٦٢ ، ٢٦١	

- ٢٦٢ فصل : في عدة المعتق بعضها ...
- ١٣٥٧ - مسألة : (وأم الولد إذا مات سيدها ، فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة) ٢٦٢ - ٢٦٥
- فصل : ولا يكفى في الاستبراء طهر واحد ، ولا بعض حيضة ... ٢٦٤ ، ٢٦٥
- ١٣٥٨ - مسألة : (وإن كانت آيسا ، فثلاثة أشهر) ٢٦٦ ، ٢٦٥
- ١٣٥٩ - مسألة : (وإن ارتفع حيضها لا تدرى مآرقه ، اعتدت بتسعة أشهر ، وشهر مكان الحيضة) ٢٦٧
- فصل : وإن علمت ما رفع الحيض ، لم تزل في الاستبراء حتى يعود الحيض ... ٢٦٧
- ١٣٦٠ - مسألة : (وإن كانت حاملا ، فحتى تضع) ٢٦٧ - ٢٧٠
- فصل : وإذا زوج أم ولده ، ثم مات ، عتقت ، ولم يلزمها استبراء . ٢٦٨
- فصل : فإن مات زوجها وسيدها ، ولم تعلم أيهما مات أولا ، فعلى قول أبى بكر ، ليس عليها استبراء ... ٢٦٨ - ٢٧٠
- ١٣٦١ - مسألة : (وإن أعقق أم ولده ، أو أمة كان يصيبها ، لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة ...) ٢٧٠ - ٢٧٤

- فصل : فإن لم تكن من ذوات القروء ،
فاستبرأوها بما ذكرنا في أم
الولد ... ٢٧١
- فصل : وإن مات عن أمة كان يصيبها ،
فاستبرأوها بما ذكرنا في أم
الولد ... ٢٧١
- فصل : وإن أعتق أم ولده ، أو أمته التي
كان يصيبها ، ... ، فله أن
يتزوجها في الحال ... ٢٧١ ، ٢٧٢
- فصل : وإن اشترى أمة ، فأعتقها قبل
استبرائها ، لم يجوز أن يتزوجها
حتى يستبرئها ... ٢٧٢ ، ٢٧٣
- فصل : وإذا كانت له أمة يطؤها ،
فاستبرأها ، ثم أعتقها ، لم
يلزمها استبراء ... ٢٧٤
- فصل : وإذا كانت الأمة بين شريكين ،
فوطئها ، لزمها استبراءان ... ٢٧٤
- ١٣٦٢ - مسألة : (ومن ملك أمة ، لم يصحبها ، ولم يقبلها
حتى يستبرئها بغد تمام ملكه فما
بحيضة ...) ٢٧٤ - ٢٨٤
- فصل : ومن ملك مجوسية ، أو وثنية ،
فأسلمت قبل استبرائها لم تحل له
حتى يستبرئها ... ٢٧٨ ، ٢٧٩

- فصل : وإذا تزوج الرجل أمته ، فطلقها الزوج ، لم يلزم السيد استبرأؤها ... ٢٧٩
- فصل : وإن اشترى أمة مزوجة ، فطلقها الزوج قبل الدخول ، لم تبغ بغير استبراء ... ٢٧٩ ، ٢٨٠
- فصل : وإن كانت الأمة لرجلين ، فوطئها ، ثم باعها لرجل ، أجزأ استبراء واحد ... ٢٨٠
- فصل : وإذا اشترى الرجل زوجته الأمة ، لم يلزمه استبرأؤها ... ٢٨٠
- فصل : وإن وطئ الجارية التي يلزمه استبرأؤها قبل استبرائها ، أثم ... ٢٨١
- فصل : ومن أراد بيع أمته ، فإن كان لا يطؤها ، لم يلزمه استبرأؤها ... ٢٨١ - ٢٨٣
- فصل : وإذا اشترى جارية ، فظهر بها حمل ، لم يخل من أحوال خمسة ... ٢٨٣
- ١٣٦٣ - مسألة : (وتجنب الزوجة المتوفى عنها زوجها الطيب ، والزينة ...) ٢٨٤ - ٢٩٠
- فصل : ولا إحداد على غير الزوجات ،

- كأنم الولد إذا مات سيدها ... ٢٨٤ ، ٢٨٥
 فصل : وتجنب الحادة ما يدعو إلى
 جماعها ، ويُرغب في النظر
 إليها ... وذلك أربعة أشياء... ٢٨٥ - ٢٨٩
 فصل : والثالث مما تجنبه الحادة
 النقاب ، وما في معناه ، ... ٢٩٠
 فصل : والرابع المبيت في غير منزلها،... ٢٩٠ ، ٢٩١
 فصل : فإن خافت هداماً أو غرقاً ...
 فلها أن تنتقل ... ٢٩١ ، ٢٩٢
 فصل : قال أصحابنا : ولا سكنى
 للمتوفى عنها ، إذا كانت
 حائلاً ... ٢٩٢ - ٢٩٥
 فصل : فأما إذا قلنا : ليس لها
 السكنى ، فتطوع الورثة
 بإسكانها في مسكن زوجها ،
 أو ... فلها أن تنتقل عنه إلى
 غيره . ٢٩٥ ، ٢٩٦
 فصل : وإذا قلنا : إنها تضرب مع
 الغرماء بقدر مدة عدتها ، فإنها
 تضرب بمدة عدتها في وضع
 الحمل ، إن كانت حاملاً... ٢٩٦ ، ٢٩٧
 فصل : وللمعتدة الخروج في حوائجها
 نهاراً ... ٢٩٧ ، ٢٩٨

- فصل : والأمة كالحرّة في الإحداد
 ٢٩٨ والاعتداد بالمنزل ...
- فصل : والبدوية كالحضرية في الاعتداد
 ٢٩٨ في منزلها الذي مات زوجها وهي
 ساكنة فيه ...
- فصل : فإن مات صاحب السفينة
 وامرأته في السفينة ، ولها مسكن
 في البر ، فحكمها حكم
 ٢٩٨ ، ٢٩٩ المسافرة في البر ...
- ١٣٦٤ - مسألة : (والمطلقة ثلاثا ، تتوق الطّيب ،
 ٢٩٩ - ٣٠٣ والزينة والكحل بالإمّخد)
- فصل : وإذا كانت المبتوتة حاملا ،
 ٣٠٠ - ٣٠٢ وجب لها السكنى ...
- فصل : قال أصحابنا : ولا يتعيّن
 الموضع الذي تسكنه في
 ٣٠٢ ، ٣٠٣ الطلاق ...
- ١٣٦٥ - مسألة : (وإذا غرّجت إلى الحج ، فتوفى عنها
 زوجها ، وهي بالقرب ، رجعت
 ٣٠٣ - ٣٠٧ لتقضى العدة ...)
- فصل : ولو كانت عليها حجة الإسلام ،
 فمات زوجها ، لزمها العدة في
 ٣٠٥ منزلها وإن قامت الحج ...

- فصل : وإذا أذن لها زوجها للسفر لغير
النقلة ، فخرجت ، ثم مات
زوجها ، فالحكم في ذلك
كالحكم في سفر الحج ... ٣٠٥ ، ٣٠٦
- فصل : وإن أذن الزوج لها في الانتقال
إلى دار أخرى ، أو بلد آخر ،
فمات قبل انتقالها ، لزمها
الاعتداد في الدار التي هي
بها ... ٣٠٦ ، ٣٠٧
- ١٣٦٦ - مسألة : (وإذا طلقها زوجها ، أو مات عنها
وهو ناء عنها ، فمدها من يوم مات
أو طلق ...) ٣٠٧ ، ٣٠٨
- كتاب الرضاع ٣٠٩ - ٣٤٦
- ١٣٦٧ - مسألة : (والرضاع الذي لا يشك في تحريمه ،
أن يكون خمس رضعات فصاعدا) ٣٠٩ - ٣١٣
في هذه المسألة مسألتان :
إحداها : أن الذي يتعلق به التحريم
خمس رضعات فصاعدا ... ٣١٠ - ٣١٢
- فصل : وإذا وقع الشك في وجود
الرضاع ... لم يثبت التحريم . ٣١٢

- المسألة الثانية : أن تكون الرضعات
متفرقات ... ٣١٢ ، ٣١٣
- ١٣٦٨ - مسألة : (والسعوط كالرضاع ، وكذلك
الوجور) ٣١٣ - ٣١٥
- فصل : وإنما يحرم من ذلك مثل الذي
يحرم بالرضاع ، وهو خمس في
الرواية المشهورة ... ٣١٣ ، ٣١٤
- فصل : وإن عمل اللبن جبناً ثم أطعمه
الصبي ، ثبت به التحريم ... ٣١٤ ، ٣١٥
- فصل : فأما الحقنة ، فقال أبو الخطاب :
المنصوص عن أحمد ، أنها لا
تحرم ... ٣١٥
- ١٣٦٩ - مسألة : (واللبن المشوب كالغض) ٣١٥ ، ٣١٦
- فصل : وإن حلب من نسوة ، وسقيته
الصبي ، فهو كما لو ارتضع من
كل واحدة منهن ... ٣١٦
- ١٣٧٠ - مسألة : (ويحرم لبن الميتة ، كما يحرم لبن الحية ،
لأن اللبن لا يموت) ٣١٦ ، ٣١٧
- فصل : ولو حلبت المرأة لبنها في إثناء ، ثم
ماتت ، فشره صبي ، نشر
الحرمة ... ٣١٧
- ١٣٧١ - مسألة : (وإذا حملت ممن يلحق نسب ولدها

- به ، فتاب لها لين ، فأرضعت به
 طفلا خمس رضعات متفرقات ، في
 ٣١٧ - ٣٢٥ حولين ، حُرِّمَتْ عليه ...)
 فصل : وإذا وطئ رجلان امرأة ، فأنت
 بولد ، فأرضعت بلبنه طفلا ،
 صار ابنا لمن ثبت نسب المولود
 منه ... ٣٢٢ ، ٣٢٣
 فصل : ولا تنتشر الحرمة بغير لبن الآدمية
 بحال ... ٣٢٣ ، ٣٢٤
 فصل : وإن تاب لامرأة لبن من غير
 وطء ، فأرضعت به طفلا ،
 ٣٢٤ نشر الحرمة ...
 فصل : إذا كان لرجل خمس أمهات
 أولاد ، له منهن لبن ، فارتضع
 طفل من كل واحدة منهن
 رضعة ، لم يصرن أمهات له ،
 ٣٢٤ ، ٣٢٥ وصار المولى أباً له ...
 فصل : إذا كان لامرأة لبن من زوج ،
 فأرضعت به طفلا ثلاث
 رضعات ، وانقطع لبنها ،
 فتزوجت آخر ، فصار لها منه
 لبن ، فأرضعت منه الصبي

رضعتين، صارت أماله ... ٣٢٥

١٣٧٢ - مسألة : (ولو طلق زوجته ثلاثاً ، وهي ترضع

من لبن ولده ، فتزوجت بصبي

مرضع ، فأرضعته ، فحسرت

عليه ، ثم تزوجت بآخر ، ودخل بها

ووطئها ، ثم طلقها ، أو مات عنها ،

لم يجز أن يتزوجها الأول ...) ٣٢٧ - ٣٢٥

فصل : وإذا طلق الرجل زوجته ، ولهامنه

لبن ، فتزوجت آخر ، لم يخل من

خمسة أحوال ... ٣٢٦ ، ٣٢٧

١٣٧٣ - مسألة : (ولو تزوج كبيرة وصغيرة ، فلم

يدخل بالكبيرة حتى أرضعت

الصغيرة في الحولين ، حرمت عليه

الكبيرة ، وثبت نكاح

الصغيرة ...) ٣٢٧ - ٣٣٧

في هذه المسألة فصول أربعة :

الأول : أنه متى تزوج كبيرة وصغيرة ،

فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل

دخوله بها ، فسد نكاح الكبيرة

في الحال ، وحرمت عليه على

التأييد ... ٣٢٨

الفصل الثاني : أنه إن كان دخل

- بالكبيرة ، حرمتا جميعا على
 ٣٢٨ ، ٣٢٩ ... والأبد ، وانفسخ نكاحهما ...
- الفصل الثالث : أن عليه نصف مهر
 الصغيرة . ٣٢٩
- الفصل الرابع : أنه يرجع على الكبيرة بما
 ٣٢٩ لزمه من صداق الصغيرة .
- فصل : والواجب نصف المسمى ، لا
 ٣٣٠ نصف مهر المثل .
- فصل : وكل امرأة تحرم ابتها إذا أرضعت
 زوجها الصغيرة ، أفسدت
 نكاحه ، وحرمتها عليه ، ولزمها
 ٣٣١ ، ٣٣٠ نصف الصداق ...
- فصل : وإن تزوج كبيرة ، ثم طلقها ،
 فأرضعت صغيرة بلبنه ،
 ٣٣١ ، ٣٣٢ صارت بنتا له ...
- فصل : وإن أرضعت بنت الكبيرة
 الصغيرة ، فالحكم في التحريم
 والفسخ حكم ما لو أرضعتها
 الكبيرة .
- فصل : ومن أفسد نكاح المرأة بالرضاع
 قبل الدخول ، غرم نصف
 ٣٣٢ - ٣٣٤ صداقها .

- فصل : وإن أفسد النكاح جماعة ،
 ٣٣٦ - ٣٣٤ . تقسط المهر عليهم .
- فصل : إذا كانت له زوجة أمة ،
 فأرضعت امرأته الصغيرة ،
 فحرمتها عليه ، وفسخت
 نكاحها ، كان ما لزمه من
 صداق الصغيرة له في رقبة
 الأمة .
 ٣٣٧ ، ٣٣٦
- ١٣٧٤ - مسألة : (ولو تزوج بكبيرة وصغيرتين ،
 فأرضعت الكبيرة الصغيرتين ،
 حرمت عليه الكبيرة ، وانفسخ
 نكاح الصغيرتين ...)
 ٣٣٨ ، ٣٣٧
- فصل : فإن أرضعت الصغيرتين
 أجنبية ، انفسخ نكاحهما
 أيضا ...
 ٣٣٨ ، ٣٣٧
- فصل : وإن أرضعتها بنت الكبيرة ،
 فالحكم في الفسخ كما لو
 أرضعتن الكبيرة نفسها .
 ٣٣٨
- ١٣٧٥ - مسألة : (وإن كن الأصاغر ثلاثا ، فأرضعتن
 منفردات ، حرمت الكبيرة ،
 وانفسخ نكاح المرتضعتين أولا ،
 وثبت نكاح آخرهن رضاعا ...)
 ٣٤٠ - ٣٣٨

- فصل : فإن أرضعتن بنت الكبيرة ،
 ٣٣٩ فهو كما لو أرضعتن أمها ...
- ١٣٧٦ - مسألة : (وإذا شهدت امرأة واحدة على
 الرضاع ، حرم النكاح إذا كانت
 مرضية ...)
 ٣٤٠ - ٣٤٢
- فصل : ويقبل فيه شهادة المرضعة على
 فعل نفسها ...
 ٣٤١ ، ٣٤٢
- فصل : ولا تقبل الشهادة على الرضاع إلا
 مفسرة ...
 ٣٤٢
- ١٣٧٧ - مسألة : (وإذا تزوج امرأة ، ثم قال قبل
 الدخول : هي أختي من الرضاعة .
 انفسخ النكاح ...)
 ٣٤٣ ، ٣٤٤
- فصل : وإن قال : هي عمتي ،
 أو ... ، وأمكن صدقه ،
 فالحكم فيه كما لو قال : هي
 أختي ...
 ٣٤٤
- فصل : إذا ادعى أن زوجته أخته من
 الرضاع ، فأنكرته ، فشهدت
 بذلك أمه أو ابنته ، لم تقبل
 شهادتهما ...
 ٣٤٤
- ١٣٧٨ - مسألة : (وإن كانت المرأة هي التي قالت : هو
 أختي من الرضاعة . فأكذبها ، ولم

- تأت بالينة على ما وصفت ، فهي
 ٣٤٤ - ٣٤٦ (زوجته في الحكم)
 فصل : وإن ادعى أحد الزوجين على
 الآخر ، أنه أقر أنه أخو صاحبه
 من الرضاغة ، فأنكر ، لم يقبل
 في ذلك شهادة النساء
 ٣٤٦ المنفردات ...
 فصل : كره أبو عبد الله الإتزاع بلبن
 ٣٤٦ الفجور والمشركات ...
 ٣٤٧ - ٤٤٢ كتاب النفقات
 ١٣٧٩ - مسألة : (وعلى الزوج نفقة زوجته ، ما لا غنى
 ٣٤٨ - ٣٥٧ بها عنه وكسوتها)
 فصل : والنفقة مقدرة بالكفاية ،
 وتختلف باختلاف من تجب له
 ٣٤٩ ، ٣٥٠ النفقة في مقدارها ...
 فصل : ولا يجب فيها الحب ... ٣٥٠ - ٣٥٢
 فصل : ويرجع في تقدير الواجب إلى
 ٣٥٢ ، ٣٥٣ اجتهاد الحاكم ، أو نائبه .
 فصل : وحكم المكاتب والعبد حكم
 ٣٥٣ المصّر .

- فصل : ويجب للمرأة ما تحتاج إليه . ٣٥٣ ، ٣٥٤
- فصل : وتجب عليه كسوتها . ٣٥٤
- فصل : وعليه لها ما تحتاج إليه للنوم . ٣٥٥
- فصل : ويجب لها مسكن . ٣٥٥
- فصل : فإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها .. وجب لها ع خادم ... ٣٥٥ ، ٣٥٦
- فصل : وعلى الزوج نفقة الخادم . ٣٥٧
- ١٣٨٠ - مسألة : (فإن منعها ما يجب لها ، أو بعضه ، وقدرت له على مال ، أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف ...) ٣٥٧ - ٣٦٠
- فصل : ويجب عليه دفع نفقتها إليها في صدر نهار كل يوم إذا طلعت الشمس ... ٣٥٨ ، ٣٥٩
- فصل : وإذا دفع إليها نفقتها ، قلها أن تتصرف فيها بما أحببت ... ٣٥٩
- فصل : وعليه دفع الكسوة إليها في كل عام مرة ... ٣٥٩ ، ٣٦٠
- فصل : وإذا دفع إليها كسوتها ، وأرادت بيعها .. وكان ذلك يضر بها ... لم يملك ذلك . ٣٦٠
- فصل : والذمية كالمسلمة في النفقة والمسكن والكسوة . ٣٦٠

١٣٨١ - مسألة : (فإذا منعها ، ولم تجد ما تأخذه ،

فاختارت فراقه ، فرق الحاكم

بينهما) ٣٦٠ - ٣٧٢

فصل : وإن لم يجد النفقة إلا يوماً بيوم ،

فليس ذلك إغساراً يثبت به

الفسخ . ٣٦٢ - ٣٦٤

فصل : وإن غيب ماله ، وصبر على

الحبس ... فلها الخيار في

الفسخ . ٣٦٤ ، ٣٦٥

فصل : ومن وجبت عليه نفقة امرأته ،

وكان له عليها دين ، فأراد أن

يحتسب عليها دينه ... ٣٦٥

فصل : وكل موضع ثبت لها الفسخ

لأجل النفقة ، لم يجز إلا بحكم

الحاكم . ٣٦٥

فصل : وإن رضيت بالمقام معه مع

عسره ... ثم بدا لها الفسخ ...

فلها ذلك . ٣٦٦

فصل : وإن رضيت بالمقام مع ذلك ، لم

يلزمها التحكين من الاستمتاع . ٣٦٦

فصل : ومن ترك الإنفاق الواجب لامرأة

مدة ، لم يسقط بذلك . ٣٦٦ ، ٣٦٧

فصل : ويصح ضمان النفقة . ٣٦٧ ، ٣٦٨

فصل : وإن أعسر بنفقة الخادم ، أو ...

ثبت ذلك في ذمته . ٣٦٨

فصل : وإذا أنفقت المرأة على نفسها من

مال زوجها الغائب ، ثم بان أنه

قد مات قبل إنفاقها ، حسب

عليها ما أنفقته من ميراثها . ٣٦٨

فصل : وإن أعسر الزوج بالصدّق ،

ففيه ثلاثة أوجه ... ٣٦٨ ، ٣٦٩

فصل : ونفقة الأمة المزوّجة حق لها

ولسيدها . ٣٦٩ ، ٣٧٠

فصل : وإن اختلف الزوجان في الإنفاق

عليها ... أو في تقييضها نفقتها ،

فالقول قول المرأة ... ٣٧٠ ، ٣٧١

فصل : وإن طلق الرجل امرأته ،

فادعت أنها حامل ، لتكون لها

النفقة ، أنفق عليها ثلاثة

أشهر ... ٣٧١ ، ٣٧٢

١٣٨٢ - مسألة : (ويجبر الرجل على نفقة والديه ،

وولده ، الذكور والإناث ، إذا كانوا

فقراء ، وكان له ما يتفق عليهم) ٣٧٢ - ٣٨٠

- فصل : ويجب الإنفاق على الأجداد
والجدات وإن علوا ، وولد الولد
وإن سفلوا ... ٣٧٤
- فصل : ويشترط لوجوب الإنفاق ثلاثة
شروط ... ٣٧٤ - ٣٧٧
- فصل : فأما ذوو الأرحام الذين لا
يرثون بفرض ولا تعصيب، فإن
كانوا من غير عمودى النسب،
فلا نفقة عليهم ... ٣٧٧
- فصل : ولا يشترط في وجوب نفقة
الوالدين والمولودين نقص
الحلقة ، ولا نقص الأحكام ، في
ظاهر المذهب ... ٣٧٧ - ٣٧٨
- فصل : ومن كان له أب من أهل
الإنفاق ، لم تجب نفقته على
سواه ... ٣٧٨
- فصل : ويلزم الرجل إعفاف ابنه ، إذا
احتاج إلى التكاح ... ٣٧٩
- فصل : وإذا وجب عليه إعفاف أبيه ،
فهو مخير ... ٣٧٩ ، ٣٨٠
- فصل : قال أصحابنا : وعلى الأب
إعفاف ابنه إذا كانت عليه
نفقته ... ٣٨٠

- ١٣٨٣ - مسألة : (وكذلك الصبي إذا لم يكن له أب ،
أُجبر وارثه على نفقته ، على قدر
ميراثهم منه) ٣٨٠ - ٣٨٣
- ١٣٨٤ - مسألة : (فإن كان للصبي أمٌ أو جدٌ ، فعلى الأم
ثلث النفقة ، وعلى الجد ثلثا
النفقة) ٣٨٣ ، ٣٨٤
- فصل : وإن اجتمع ابن و بنت ، فالنفقة
بينهما أثلاثا ، كالمراث ... ٣٨٤
- ١٣٨٥ - مسألة : (فإن كانت جدة أو أخت ، فعلى الجدة
سدس النفقة والباقي على الأخ ،
وعلى هذا المعنى حساب
النفقات) ٣٨٨ - ٣٨٤
- فصل : فإن اجتمع أبوا أم ، فالنفقة على
أم الأم ... ٣٨٥
- فصل : فإن كان في من عليه النفقة خنثى
مشكل ، فالنفقة عليه بقدر
ميراثه ... ٣٨٥
- فصل : فإن كان له قرابتان موسران
وأحدهما عجوب ... ،
فالظاهر أن الحجب لا يسقط
النفقة عنه ... ٣٨٥ ، ٣٨٦
- فصل : ومن لم يفضل عن قوته إلا نفقة

- شخص ، وله امرأة ، فالنفقة لها
دون الأقارب ... ٣٨٦ ، ٣٨٧
- فصل : وإن اجتمع أب وابن ، فقال
القاضي : إن كان الابن
صغيرا ، أو مجنونا ، قُدم ... ٣٨٧ ، ٣٨٨
- فصل : والواجب في نفقة القريب قدر
الكفاية من الخبز والأدم
والكسوة ... ٣٨٨
- ١٣٨٦ - مسألة : (وعلى المحق نفقة معتقه ، إذا كان
فقيرا ، لأنه وارثه) ٣٨٨ ، ٣٨٩
- فصل : فإن مات مولا ، فالنفقة على
الوارث من عصباته ... ٣٨٩
- ١٣٨٧ - مسألة : (وإذا زوجت الأمة ، لزم زوجها أو
سيده ، إن كان مملوكا ، نفقتها) ٣٨٩ - ٣٩١
- ١٣٨٨ - مسألة : (وإن كانت أمة تأوى بالليل عند
الزوج ، وبالنهار عند المولى ، أنفق
كل واحد منهما مدة مقامها ،
عنده) ٣٩١
- ١٣٨٩ - مسألة : (فإن كان لها ولد ، لم تلزمه نفقة
ولده ، حرا كان أو عبدا ، ونفقتهم
على سيدهم) ٣٩١ - ٣٩٣
- فصل : وإذا طلق الأمة طلاقا رجعيا ،

٣٩٢ فلها النفقة في العدة ...

فصل : وإن طلق العبد زوجته الحامل

طلاقاً بائناً ، انبنى على وجوب

٣٩٢ النفقة ...

فصل : والمتق بعضه ، عليه من نفقة

امراته بقدر ما فيه من الحرية ،

٣٩٣ ، ٣٩٢ وباقيه على سيده ...

١٣٩٠ - مسألة : (وليس على العبد نفقة ولده ، حرة

٣٩٤ ، ٣٩٣ كانت الزوجة أو أمة)

فصل : وحكم المكاتب ، في نفقة

الزوجات والأولاد والأقارب ،

٣٩٤ ، ٣٩٣ حكم العبد القن .

١٣٩١ - مسألة : (وعلى المكاتب نفقة ولدها دون أبيه

٣٩٥ - ٣٩٤ المكاتب)

١٣٩٢ - مسألة : (وعلى المكاتب نفقة ولده من أمته) ٣٩٥

فصل : وليس للمكاتب أن يتسرى بأمرته

إلا بإذن سيده ، لأن ملكه غير

تام ...

باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج ٣٩٦ - ٤١١

١٣٩٣ - مسألة : (وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ ، فلم

تمتعه نفسها ، ولا تمتعه أولياؤها ،

لزمته النفقة (٣٩٦ - ٣٩٨

فصل : وإن غاب الزوج بعد تمكينها

ووجوب نفقتها عليه ، لم تسقط

عنه ... ٣٩٧ ، ٣٩٨

١٣٩٤ - مسألة : (وإذا كانت بهذه الحال التي

وصفت ، وزوجها صبي ، أجبر

وليه على نفقتها من مال

الصغير ...) ٣٩٨ ، ٣٩٩

فصل : وإن بذلت الرتقاء ، أو

الحائض ، أو ... لزمته نفقتها . ٣٩٩

١٣٩٥ - مسألة : (وإن طالب الزوج بالدخول ،

وقالت : لا أسلم نفسي حتى أقبض

صداقي . كان ذلك لها ...) ٣٩٩ - ٤٠٢

فصل : إذا سافرت زوجها بغير إذنه ،

سقطت نفقتها عنه ... ٤٠٠ ، ٤٠١

فصل : فإن اعتكفت ، فالقياس أنه

كسفرها ... ٤٠١ ، ٤٠٢

١٣٩٦ - مسألة : (وإذا طلق الرجل زوجته طلاقا لا

يملك فيه الرجعة ، فلا سكنى لها ،

ولا نفقة ، إلا أن تكون حاملا (٤٠٢ - ٤٠٨

فصل : فأما الملاءنة ، فلا سكنى لها ،

- ولا نفقة ، إن كانت غير حامل ... ٤٠٥
- فصل : فأما المعتدة من الوفاة ، فإن كانت حائلا ، فلا سكنى لها ولا نفقة ... ٤٠٥
- فصل : وهل تجب نفقة الحمل للحامل من أجل الحمل ... فيه روايتان ... ٤٠٥ ، ٤٠٦
- فصل : ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة إليها يوما فيوما ... ٤٠٦ ، ٤٠٧
- فصل : ولا تجب النفقة على الزوج في التكاح الفاسد ... ٤٠٧ ، ٤٠٨
- ١٣٩٧ - مسألة : (وإذا خالعت المرأة زوجها ، وأبرأته من حملها ، لم يكن لها نفقة ، ولا للولد ، حتى تفتمه) ٤٠٨ ، ٤٠٩
- ١٣٩٨ - مسألة : (والناشر لا نفقة لها ، فإن كان لها منه ولد ، أعطاها نفقة ولدهما) ٤٠٩ ، ٤١١
- فصل : وإذا سقطت نفقة المرأة بنشوزها ، فعادت عن النشوز والزوج حاضر ، عادت نفقتها ... ٤١٠ ، ٤١١
- باب من أحق بكفالة الطفل ٤١٢ - ٤٣٣
- ١٣٩٩ - مسألة : (والأم أحق بكفالة الطفل والمحرو ، إذا طلقت) ٤١٣ ، ٤١٤

- فصل : فإن لم تكن الأم من أهل
الحضانة... فهي كالمعدومة... ٤١٤
- فصل : ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل
والمعتوة... ٤١٤
- ١٤٠٠ - مسألة : (وإذا بلغ الغلام سبع سنين ، خير بين
أبيه ، فكان مع من اختار منهما) ٤١٥ - ٤١٧
- فصل : ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ،
ثم اختار الآخر ، رد إليه ... ٤١٦ ، ٤١٧
- فصل : فإن كان الأب معدوما ، أو من
غير أهل الحضانة ، وحضر غيره
من العصبات ، ... قام مقام
الأب ... ٤١٧
- فصل : وإنما يخير الغلام بشرطين ؛ ... ٤١٧
- ١٤٠١ - مسألة : (وإذا بلغت الجارية سبع سنين ،
فالأب أحق بها) ٤١٨ - ٤٢٠
- فصل : إذا كانت الجارية عند الأم أو عند
الأب ، فإنها تكون عنده ليلا
ونهارا ... ٤١٨ ، ٤١٩
- فصل : وإذا أراد أحد الأبوين السفر
لحاجة ثم يعود ، والآخر مقيم ،
فالمقيم أولى بالحضانة ... ٤١٩ ، ٤٢٠
- ١٤٠٢ - مسألة : (فإن لم تكن أم ، أو تزوجت الأم ،
فأم الأب أحق من الخالة) ٤٢٠ - ٤٢٣

- في هذه المسألة فصلان :
- أحدهما: أن الأم إذا تزوجت ، سقطت
 ٤٢٢ - ٤٢٠ ... حضانتها
- الفصل الثاني : أن الأم إذا عدت ، أو
 تزوجت ، لم تكن من أهل
 ٤٢٢ ... الحضانة
- فصل : فإن اجتمعت أم وأب ، فأب
 ٤٢٣ - ٤٢٢ ... الأم أحق
- ١٤٠٣ - مسألة : (والأخت من الأب أحق من الأخت
 من الأم ، وأحق من الخالة) ٤٢٣
- ١٤٠٤ - مسألة : (وخالة الأب أحق من خالة الأم) ٤٢٧ - ٤٢٤
- فصل : وللرجال من العصابات مدخل
 ٤٢٥ ، ٤٢٤ في الحضانة .
- فصل : فأما الرجال من ذوى
 الأرحام ، ... فلا حضانة لهم
 مع وجود أحد من أهل الحضانة
 ٤٢٥ ... سواهم
- فصل : في بيان الأولى فالأولى من أهل
 ٤٢٧ - ٤٢٥ ... الحضانة
- فصل : وإن تركت الأم الحضانة مع
 ٤٢٧ استحقاقها لها ، ففيه وجهان .
- ١٤٠٥ - مسألة : (وإذا أخذ الولد من الأم إذا

- تزوجت ، ثم طلقت ، رجعت
 ٤٢٧ ، ٤٢٨ (على حقها من كفالاته)
 فصل : وكل قرابه تُستحق بها الحضانة ،
 منع منها مانع ... إذا زال ...
 ٤٢٨ عاد حقهم من الحضانة ...
 ١٤٠٦ - مسألة : (إذا تزوجت المرأة ، فلزوجها أن
 يمنعها من رضاع ولدها ، إلا أن
 يضطر إليها ، ويخشى عليه
 ٤٢٨ - ٤٣٠ التلف)
 فصل : فإن أرادت إرضاع ولدها منه ،
 فكلام الخرق يَحْتَمِل
 ٤٢٨ - ٤٢٩ وجهين ، ...
 فصل : وإن أجزت المرأة نفسها
 للرضاع ، ثم تزوجت ، صح
 ٤٢٩ ، ٤٣٠ النكاح ...
 فصل : وإن أجزت المرأة المزوجة نفسها
 للرضاع ، بإذن زوجها ،
 ٤٣٠ جاز ...
 ١٤٠٧ - مسألة : (وعلى الأب أن يسترضع لولده ، إلا
 أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة
 ٤٣٠ - ٤٣٣ مثلها ...)
 الكلام في هذه المسألة في فصلين :

- أولهما : أن رضاع الولد على الأب وحده ، وليس له إجبار أمه على إرضاعه . ٤٣٠ ، ٤٣١
- الفصل الثاني : أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها ، فهي أحق به . ٤٣١ - ٤٣٣
- فصل : وإن طلبت ذات الزوج الأجنبية إرضاع ولدها ، بأجرة مثلها ، بإذن زوجها ، ثبت حقها ... ٤٣٣
- فصل : وإن أرضعت المرأة ولدها ، وهي في حبال والده ، فاحتاجت إلى زيادة نفقة ، لزمه ... ٤٣٣
- باب نفقة المالك ٤٣٤ - ٤٤٢
- ١٤٠٨ - مسألة : (وعلى ملاك المملوكين أن ينفقوا عليهم ويكسوهم بالمعروف) ٤٣٨ - ٤٣٤
- فصل : إذا تولى أحدهم طعامه ، استحب له أن يجلسه معه ، فيأكل ... ٤٣٥ ، ٤٣٦
- فصل : ولا يجوز أن يكلفه من العمل مالا يطيق . ٤٣٦
- فصل : ولا يجبر المملوك على المخارجة . ٤٣٦ ، ٤٣٧

- فصل : وإذا مرض المملوك ، أو ...
 ٤٣٧ ، ٤٣٨ فعل سيدة القيام به .
- ١٤٠٩ - مسألة : (وأن يزوج المملوك إذا احتاج إلى ذلك)
 ٤٣٨
- ١٤١٠ - مسألة : (فإن امتنع ، أجبر على بيعه إذا طلب المملوك ذلك)
 ٤٣٩
- ١٤١١ - مسألة : (وليس عليه نفقة مكاتبه ، إلا أن يعجز)
 ٤٣٩ - ٤٤٠
- ١٤١٢ - مسألة : (وليس له أن يسترضع الأمة لغير ولدها ...)
 ٤٤٠
- ١٤١٣ - مسألة : (وإذا رهن المملوك ، أنفق عليه سيدة)
 ٤٤٠
- ١٤١٤ - مسألة : (وإذا أبق العبد ، فلمن جاء به إلى سيدة ما أنفق عليه)
 ٤٤٠ - ٤٤٢
- فصل : وله تأديب عبده وأمته إذا أذنب ...
 ٤٤١
- فصل : ومن ملك بهيمة ، لزمه القيام ، والإنفاق عليها ما تحتاج إليه .
 ٤٤١ ، ٤٤٢
- ٥٠٥ - ٤٤٣ كتاب الجراح
- فصل : وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق .
 ٤٤٣ - ٤٤٤

- ١٤١٥ - مسألة : (والقتل على ثلاثة أوجه ؛ عمد ،
 ٤٤٤ ، ٤٤٥) وشبه العمد ، وخطأ)
- ١٤١٦ - مسألة : (فالعمد ما ضربه بمحديدة ، أو خشبة
 ٤٤٥ - ٥٧) كبيرة فوق عمود الفسطاط...)
- ١٤١٧ - مسألة : (ففيه القود إذا اجتمع عليه الأولياء ،
 ٤٥٧ - ٦٢) وكان المقتول حرا مسلما)
- فصل : وأجمع أهل العلم ، على أن الحر
 ٤٥٩ ، ٦٠ المسلم يُقاد به قاتله .
- فصل : ولا يشترط في وجوب القصاص
 ٤٦٠ كون القاتل في دار الإسلام .
- فصل : وقتل الغيلة وغيره سواء في
 ٤٦٠ ، ٦١ القصاص والعفو .
- فصل : وإذا قتل رجلا ، وأدعى أنه
 وجدته مع امرأته ، أو ... لم يُقبل
 ٤٦١ ، ٦٢ قوله إلا ببينة ، ولزمه القصاص .
- ١٤١٨ - مسألة : (وشبه العمد ما ضربه بخشبة
 ٤٦٢ ، ٦٣ صغيرة ، ...)
- ١٤١٩ - مسألة : (والخطأ على ضربين ...)
 ٤٦٣ ، ٦٤)
- فصل : وإن قصد فعلا محرما ، فقتل
 ٤٦٤ آدميا ... فهو خطأ أيضا .
- ١٤٢٠ - مسألة : (والضرب الثاني ، أن يقتل في بلاد
 الروم من عنده أنه كافر ، ويكون قد
 ٤٦٥ أسلم ، وكم إسلامه ...)

١٤٢١ - مسألة : (ولا يقتل مسلم بكافر) ٤٦٥ - ٤٧٣

فصل : فإن قتل كافر كافرا ثم أسلم

٤٦٧ القتال ، أو ... ، يقتص منه ...

فصل : وإن جرح مسلم كافرا ، فأسلم

٤٦٧ - ٤٦٩ المجروح ... لم يقتل به قاتله .

فصل : ولو قطع يد مسلم فارتد ، ثم مات

بسريرة الجرح ، لم يجب في النفس

٤٦٩ قصاص ولا دية ولا كفارة .

فصل : وإن قطع يد مسلم فارتد ، ثم أسلم

ومات ، وجب القصاص على

٤٧٠ ، ٤٧١ قاتله .

فصل : وإن جرحه وهو مسلم فارتد ، ثم

جرحه جرحا آخر ، ثم أسلم

٤٧١ ومات منهما ، فلا قصاص فيه .

٤٧١ فصل : ويقتل الذمي بالمسلم .

٤٧١ ، ٤٧٢ فصل : ولا يقتل ذمي بغيري .

فصل : وليس على قاتل الزاني المحصن قتل

٤٧٢ ولا دية ولا كفارة .

٤٧٢ فصل : ويقتل المرتد بالمسلم والذمي ...

فصل : وإن جرح مسلم ذميا ، ثم ارتد

٤٧٣ ومات المجروح ، لم يقتل به .

١٤٢٢ - مسألة : (ولا حر بعد) ٤٧٣ - ٤٧٩

الصفحة

- فصل : ولا يقتل السيد بعبد . ٤٧٤ ، ٤٧٥
- فصل : ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد . ٤٧٥
- فصل : ويجزى القصاص بين العبيد في النفس . ٤٧٥ ، ٤٧٦
- فصل : ويجزى القصاص بينهم فيما دون النفس . ٤٧٦
- فصل : وإذا وجب القصاص في طرف العبد ، وجب للعبد . ٤٧٦
- فصل : ولو قتل عبد عبدا ، ثم عتق القتيل ، قتل به . ٤٧٦ ، ٤٧٧
- فصل : وإذا قتل عبد عبدا عمدا ، فسيد المقتول مخير بين القصاص والعفو ... ٤٧٧ ، ٤٧٨
- فصل : ويقتل العبد القن بالمكاتب ... ٤٧٨ ، ٤٧٩
- ١٤٢٣ - مسألة : (وإذا قتل الكافر العبد عمدا فعليه قيمته ، ويُقتل لنقضه العهد) ٤٧٩ - ٤٨١
- فصل : وإن قتل عبد مسلم حرا كافرا لم يقتل به . ٤٧٩ ، ٤٨٠
- فصل : ويجزى القصاص بين السواة والعمال وبين رعيتهم . ٤٨٠
- فصل : وإذا قتل القتيل غير ولى الدم ، فعلى قاتله القصاص ... ٤٨٠ ، ٤٨١

- ١٤٢٤ - مسألة : (والطفل ، والزائل العقل ، لا يقتلان بأحد)
٤٨٣ - ٤٨١
فصل : فإن اختلف الجاني وولى
الجناية ... فالقول قول الجاني مع
٤٨٢ ، ٤٨١ ... يمينه
- فصل : فإن قتله وهو عاقل ، ثم جن ، لم
يسقط عنه القصاص .
٤٨٢
- فصل : ويجب القصاص على السكران إذا
قتل حال سكره .
٤٨٣ ، ٤٨٢
- ١٤٢٥ - مسألة : (ولا يقتل والد بولده ، وإن سفل)
٤٨٤ - ٤٨٣
فصل : والجد وإن علا كالأب في هذا ...
٤٨٤
- ١٤٢٦ - مسألة : (والأُم في ذلك كالأب)
٤٨٩ - ٤٨٤
فصل : وسواء كان الوالد مساويا للولد في
الدين والحرية ...
٤٨٥
- فصل : وإذا تداعى نفسان نسب
صغير ... ثم قتلاه قبل إلحاقه
بواحد منهما ، فلا قصاص
عليهما .
٤٨٦ ، ٤٨٥
- فصل : ولو قتل أحد الأبوين صاحبه ،
ولهما ولد ، لم يجب القصاص .
٤٨٦
- فصل : ولو قتل رجل أخاه ، فورثه ابنه ،
أو ... لم يجب القصاص ...
٤٨٧ ، ٤٨٦

- فصل : وإذا قتل أحد أبوي المكاتب
المكاتب ، أو عبدا له ، لم
يجب القصاص ... ٤٨٧
- فصل : ابنان قتل أحدهما أباه ، والآخر
أمه ، فإن كانت الزوجية بينهما
موجودة حال قتل الأول ،
فالقصاص على قاتل الثاني دون
الأول ... ٤٨٧ ، ٤٨٩
- فصل : أربعة لإخوة ، قتل الأول الثاني ،
والثالث الرابع ، فالقصاص على
الثالث ... ٤٨٩
- ١٤٢٧ - مسألة : (ويقتل الولد بكل واحد منهما) ٤٨٩ ، ٤٩٠
- ١٤٢٨ - مسألة : (ويقتل الجماعة بالواحد) ٤٩٠ - ٤٩٣
- فصل : ولا يعتير في وجوب القصاص على
المشتركين التساوى في سببه ... ٤٩١
- فصل : إذا اشترك ثلاثة في قتل رجل فقطع
أحدهم يده ... فللولي قتل
جميعهم ... ٤٩١ ، ٤٩٢
- فصل : إذا قطع رجل يده من الكوع ،
ثم قطعها آخر من المرفق ، ثم
مات ، نظرت ... ٤٩٢ ، ٤٩٣
- ١٤٢٩ - مسألة : (وإذا قطعوا يدا ، قطعت نظيرتها من
كل واحد منهم) ٤٩٣ - ٤٩٦

- ١٤٣٠ - مسألة : (وإذا قتل الأب وغيره عمدا ، قتل من
 سوى الأب)
 ٤٩٦ - ٤٩٨
- فصل : وكل شريكين امتنع القصاص في
 حق أحدهما ، ... فهو في
 وجوب القصاص على شريكه
 كالأب وشريكه ...
 ٤٩٧ ، ٤٩٨
- ١٤٣١ - مسألة : (وإذا اشترك في القتل صبي ومجنون
 وبالع ، لم يقتل واحد منهم ...)
 ٤٩٨ - ٥٠٠
- ١٤٣٢ - مسألة : (ويقتل الذكر بالأنثى ، والأنثى
 بالذكر)
 ٥٠٠ ، ٥٠١
- فصل : ويقتل كل واحد من الرجل
 والمرأة بالخنثى ، ويقتل بهما ...
 ٥٠١
- ١٤٣٣ - مسألة : (ومن كان بينهما في النفس قصاص ،
 فهو بينهما في الجراح)
 ٥٠١ ، ٥٠٢
- ١٤٣٤ - مسألة : (وإذا قتلاه ، وأحدهما مخطيء ،
 والآخر متعمد ، فلا قود على واحد
 منهما ...)
 ٥٠٢ - ٥٠٤
- فصل : وهل يجب القصاص على شريك
 نفسه وشريك السبع ؟ فيه
 وجهان ...
 ٥٠٣ ، ٥٠٤
- فصل : فإن جرحه إنسان ، فتداوى بسم
 فمات ، نظرت ...
 ٥٠٤
- ١٤٣٥ - مسألة : (ودية العبد قيمته ، وإن بلغت ديات)
 ٥٠٤ ، ٥٠٥

١٤٣٦ - مسألة : (ولو شق بطنه ، فأخرج حشوته ،

فقطعها ، فأبأنها منه ، ثم ضرب عنقه

٥٠٨ - ٥٠٦ آخر ، فالقاتل هو الأول ...)

فصل : إذا ألقى رجل من شاهق فتلقاه

آخر بسيف فقتله ، فالقصاص

٥٠٨ ، ٥٠٧ على من قتله ...

١٤٣٧ - مسألة : (وإذا قطع يديه ورجليه ، ثم عاد فضرب

عنقه قبل أن تتمم جراحه ،

٥٠٨ - ٥١٨ قتل ...)

فصل : ومتى قلنا : له أن يستوفى بمثل ما

فعله بوليه ، فأحب أن يقتصر على

٥١٠ ضرب عنقه ، فله ذلك ...

فصل : فإن قطع يديه ورجليه ، ...

فسرى إلى النفس ، فله القصاص

٥١١ ، ٥١٠ في النفس ...

فصل : وإن جرحه جرحاً لا قصاص فيه ،

أو ... فالصحيح في المذهب أنه

٥١٢ ، ٥١١ ليس له فعل مثل ما فعل ...

فصل : فأما قطع اليمنى ولا يمينى للقاطع ،

أو ... فمات المجنى عليه ، فإنه

٥١٢ يقتل بالسيف في العنق ...

- فصل : وإن قتله بغير السيف ... فهل يستوفى القصاص بمثل فعله ؟ فيه روايتان ... ٥١٢ ، ٥١٣
- فصل : وإن قتله بما لا يحل لعينه ... لم يقتل بمثله اتفاقا ... ٥١٣
- فصل : إذا زاد مستوفى القصاص في النفس على حقه ... نظرنا ... ٥١٣ ، ٥١٤
- فصل : فأما إن كانت الزيادة في الاستيفاء من الطرف ... فحكمه حكم القاطع ابتداء ... ٥١٤ ، ٥١٥
- فصل : قال القاضي : ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان ... ٥١٥ - ٥١٧
- فصل : وإن كان القصاص لجماعة من الأولياء ، وتشاحوا في المتولى منهم للاستيفاء ، أمرؤا بتوكيل أحدهم ... ٥١٧ ، ٥١٨
- ١٤٣٨ - مسألة : (وإن كانت الجراح برأت قبل قتله ، فعلى المعفو عنه ثلاث ديات ...) ٥١٨ ، ٥١٩
- فصل : فإن اختلف الجاني والولى في اندمال الجرح قبل القتل ... ٥١٨ ، ٥١٩
- فأقول قول الجاني بغير يمين ... ٥١٨ ، ٥١٩
- ١٤٣٩ - مسألة : (ولو رمى ، وهو مسلم ، كافراً عبداً ، فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم ، فلا قود ...) ٥٢٠ - ٥٢٦

- فصل : ولم يُفرق الخرق بين كون الكافر ذمياً أو غيره . ٥٢١
- فصل : ولو رمى حربياً ، فتترس بمسلم ، فأصابه فقتله ، نظرنا ... ٥٢١
- فصل : ولو قطع يد عبد ، ثم أعتق ومات ... ففيه وجهان ... ٥٢١ ، ٥٢٢
- فصل : وإذا قطع أنف عبد قيمته ألف دينار ، فاندمل ، ثم أعتقه السيد ، وجبت قيمته بكما لها للسيد ... ٥٢٢
- فصل : وإن قطع يد عبد ، فأعتق ، ثم عاد فقطع رجله ، واندمل القطعان ، فلا قصاص في اليد ... ٥٢٢ ، ٥٢٣
- فصل : وإن قلع عين عبد ، ثم أعتق ، ثم قطع آخر يده ، ثم قطع آخر رجله ، فلا قود على الأول ... ٥٢٣ ، ٥٢٤
- فصل : فإن كان الجانيان في حال الرق ، والواحد في حال الحرية ، فمات ، فعليه الدية ... ٥٢٤
- فصل : وإن كان الجناة أربعة ؛ واحد في حال الرق ، وثلاثة في الحرية ،

- ومات ، كان للسيد في أحد
الوجهين الأقل من أرض الجناية أو
٥٢٥ ، ٥٢٤ ربع الدية ...
- فصل : فإن قطع يده ، ثم أعتق ، فقطع
آخر رجله ، ثم عاد الأول فقتله بعد
الاندمال ، فعليه القصاص
٥٢٦ ، ٥٢٥ للورثة ...
- فصل : وإذا قطع رجل يد عبده ، ثم
أعتقه ، ثم اندمل جرحه ، فلا
٥٢٦ قصاص عليه ولا ضمان .
- ١٤٤٠ - مسألة : (وإذا قتل رجل اثنين ، واحدا بعد
واحد ، فاتفق أولياء الجميع على
القود ، أقيد لهما ...)
٥٢٦ - ٥٣٠ فصل : وإن طلب كل ولي قتله بولي ،
مستقلا من غير مشاركة ، قدم
٥٢٨ الأول ...
- فصل : وإن قطع يميني رجلين ، فالحكم
٥٢٨ فيه كالحكم في النفس ...
- فصل : وإن قطع يد رجل ، ثم قتل آخر ،
ثم سري القطع إلى نفس
المقطوع ، فمات ، فهو قاتل
٥٢٩ لهما ...
- فصل : وإن قطع أصبعين من يمين رجل ،
ويمين آخر ، وكان قطع الإصبع

- ٥٣٠ ، ٥٢٩ ... أسبق ، قطعت إصبعه قصاصا ...
- ١٤٤١ - مسألة : (وإذا جرحه جرحا يمكن الاقتصاص منه بلا حيف ، اقتص منه) ٥٣٦ - ٥٣٠
- فصل : ويشترط لوجوب القصاص في الجروح ثلاثة أشياء ... ٥٣٢ ، ٥٣١
- فصل : ولا يُستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ... ٥٣٣ ، ٥٣٢
- فصل : وإذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها ، فإن كان على موضعها شعر حلقه ... ٥٣٥ - ٥٣٣
- فصل : وإذا أوضحه في جميع رأسه ، ورأس الجاني أكبر ، فأحب أن يستوفى القصاص بعضه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره ، احتمال أن يُمنع منه ... ٥٣٥
- فصل : وإذا كانت الجناية في غير الرأس والوجه ، فكانت في ساعد ، فزادت على ساعد الجاني ، لم ينزل إلى الكف ، ولم يصعد إلى العضد ... ٥٣٦ ، ٥٣٥
- فصل : وإذا شج في مقدم رأسه أو مؤخره عرضا شجة لا يتسع لها مثل الموضع من رأس الشاج ... ففيه وجهان ... ٥٣٦

- ١٤٤٢ - مسألة : (وكذلك إذا قطع منه طرفاً من
مفصل ، قطع منه مثل ذلك
المفصل ...)
٥٣٩ - ٥٣٦
٥٣٩ - ٥٣٧ فصل : وفي قطع اليد ثمان مسائل ...
١٤٤٣ - مسألة : (وليس في المأمومة ، ولا في الجائفة
قصاص)
٥٤١ - ٥٣٩
فصل : وليس في شيء من شجاج الرأس
قصاص سوى الموضحة ...
٥٤٠
فصل : وإن كانت الشجرة فوق
الموضحة ، فأحب أن يقتصر
موضحة ، جاز ذلك ...
٥٤١
١٤٤٤ - مسألة : (وتقطع الأذن بالأذن)
٥٤٣ - ٥٤١
فصل : وتؤخذ الأذن المستحشفة
بالصحيحة ...
٥٤٢
فصل : وإن قطع أذنه فأبانتها ، فألصقها
صاحبها فالتصقت وثبتت ، فقال
القاضي : يجب القصاص ...
٥٤٣ ، ٥٤٢
فصل : ومن ألصق أذنه بعد إبانته ، أو
سنه ، فهل تلزمه إبانته ؟ فيه
وجهان ...
٥٤٣
١٤٤٥ - مسألة : (والأنف بالأنف)
٥٤٤ ، ٥٤٣
١٤٤٦ - مسألة : (والذكر بالذكر)
٥٤٦ - ٥٤٤
فصل : ويؤخذ بعضه ببعضه .
٥٤٦ ، ٥٤٥

١٤٤٧ - مسألة : (والأنتيان بالأتينين) ٥٤٧ ، ٥٤٦

فصل : وفي القصاص في شفرى المرأة

٥٤٦ وجهان ...

فصل : إذا قطع ذكر خثى مشكل ،

أو ... ، فاختر القصاص ، لم

٥٤٦ يكن له قصاص في الحال ...

فصل : يجب القصاص في الأليتين

الناكتين بين الفخذين والظهر

٥٤٧ بجانب الدبر ...

١٤٤٨ - مسألة : (وتقلع العين بالعين) ٥٥٢ - ٥٤٧

فصل : فإن قلع عينه بإصبعه ، لم يجز أن

٥٤٨ ، ٥٤٧ يقتص بإصبعه ...

فصل : فإن لطم عينه ، فذهب

بصرها ... فإن أمكن معالجه عين

٥٤٨ - ٥٤٩ الجاني ... فعل ذلك ...

فصل : وإن شجه شجة دون الموضحة ،

فأذهب ضوء عينه ، لم يقتص منه

٥٤٩ مثل شجته ...

فصل : إذا قلع الأعور عين صحيح ، فلا

٥٥٠ قود ...

فصل : لو قلع الأعور عين مثله ، ففيه

٥٥١ القصاص ...

- فصل : وإن قلع الأعور عيني صحيح ،
 ٥٥١ فقال القاضي : هو مخير ...
- فصل : وإن قلع صحيح العينين عين
 أعور ، فله القصاص من
 ٥٥١ مثلها ...
- فصل : وإن قطع الأقطع يد من له يدان ،
 ٥٥٢ فعليه القصاص ...
- فصل : ويؤخذ الجفن بالجفن ...
 ٥٥٢
- ١٤٤٩ - مسألة : (والسن بالسن)
 ٥٥٢ - ٥٥٤
- فصل : ولا يقتص إلا من سن من أثفر .
 ٥٥٣ ، ٥٥٤
- فصل : وإن قلع سنا ، فاقتص منه ، ثم
 عادت سن المجنى عليه ، فقلعها
 ٥٥٤ الجاني ثانية ، فلا شيء عليه .
- ١٤٥٠ - مسألة : (وإن كسر بعضها ، برد من سن الجاني
 ٥٥٤ - ٥٥٧) مثله (
- فصل : ومن قلع سنا زائدة ... فإن كان
 للجاني مثلها في موضعها ،
 ٥٥٥ ، ٥٥٦ فاللمجنى عليه القصاص ...
- فصل : ويؤخذ اللسان باللسان .
 ٥٥٦
- فصل : وتؤخذ الشفة بالشفة .
 ٥٥٦ ، ٥٥٧
- ١٤٥١ - مسألة : (ولا تؤخذ يمين ييسار ، ولا يسار
 ٥٥٧ - ٥٦٩) يمين (

- فصل : وما انقسم إلى أعلى وأسفل ... لا
 ٥٥٧ يتخذ الأعلى بالأسفل ...
- فصل : وما لا يجوز أخذه لقصاصها ، لا
 ٥٥٨ ، ٥٥٧ يجوز بتراضيهما واتفاقهما عليه .
- فصل : وإذا قال المقتص للجاني : أخرج
 يمينك لأقطعها . فأخرج
 ٥٥٨ - ٥٦١ يمينه ... يجرى ذلك ...
- فصل : وسراية القود غير مضمونة .
 ٥٦٢ ، ٥٦١
- فصل : وسراية الجنابة مضمونة بلا
 ٥٦٢ ، ٥٦٣ خلاف .
- فصل : ولا يجوز القصاص في الطرف إلا
 ٥٦٣ ، ٥٦٤ بعد اندمال الجرح .
- فصل : فإن القص قبل الاندمال ، هُدرت
 ٥٦٤ ، ٥٦٥ سراية الجنابة .
- فصل : وإن اندمل جرح الجنابة ، فاقص
 منه ، ثم انتقض فسرى ، فسرايته
 ٥٦٥ مضمونة ...
- فصل : ولو قطع كتابي يد مسلم فبرأ
 واقتص ، ثم انتقض جرح المسلم
 ٥٦٦ فمات ، فلوليه قتل الكتابي ...
- فصل : إذا قطع يد رجل من الكوع ، ثم
 قطعها آخر من المرفق ، فمات

- بمرايتهما ، فلوليه قتل
 ٥٦٦ القاطعين ...
- فصل : ولا يجوز أن يقتص من حامل قبل
 ٥٦٨ ، ٥٦٧ وضعها ...
- فصل : وإذا ادعت الحمل ، ففيه
 ٥٦٩ ، ٥٦٨ وجهان .
- ١٤٥٢ - مسألة : (وإذا كان القاطع سالم الطرف ،
 ٥٧١ - ٥٦٩ والمقطوعة شلاء ، فلا قود)
- فصل : وإن قطع أذنا شلاء ، أو أنفا
 أشل ، فهل يؤخذ به الصحيح ؟
 ٥٧٠ ، ٥٦٩ فيه وجهان ...
- فصل : ولا تؤخذ يد كاملة الأصابع
 ٥٧٠ بناقصة الأصابع ...
- فصل : وإن قطع اليد الكاملة ذو يد فيها
 إصبع زائد ، وجب القصاص
 ٥٧١ ، ٥٧٠ فيها .
- فصل : وإذا قطع ذو يد لها أظفار يد من لا
 ٥٧١ أظفار له ، لم يجز القصاص .
- ١٤٥٣ - مسألة : (وإن كان القاطع أشل ، والمقطوعة
 سالمة ، فشاء المظلوم أخذها ، فذلك
 له ...)
 ٥٧٦ ، ٥٧١
- فصل : وتؤخذ الشلاء بالشلاء .
 ٥٧٢ ، ٥٧١
- فصل : وتؤخذ الناقصة بالناقصة .
 ٥٧٢

- فصل : ويجوز أخذ الناقصة بالكامل . ٥٧٢
- فصل : وإن كانت يد القاطع والجنى عليه
كاملتين ، وفي يد الجنى عليه إصبع
زائدة ... ٥٧٣
- فصل : وإذا قطع إصبعه ، فأصابه من
جرحها أكلة في يده ... فعليه
القصاص ... ٥٧٣ ، ٥٧٤
- فصل : وإذا قطع أئمة لها طرفان ،
إحداهما زائدة والأخرى
أصلية ، ... ٥٧٤
- فصل : ولو قطع أئمة رجل العليا ، ثم قطع
أئمة آخر الوسطى ، ثم قطع
السفلى من ثالث ، فلأول
القصاص من العليا ... ٥٧٤ ، ٥٧٥
- فصل : وإن قطع أئمة رجل العليا ، ثم قطع
أئمتي آخر العليا والوسطى من
تلك الإصبع ، فلأول قطع
العليا ... ٥٧٥
- ١٤٥٤ - مسألة : (وإذا قتل وله وليان ، بالغ ، وطفل أو
غائب ، لم يقتل حتى يقدم الغائب
ويبلغ الطفل) ٥٧٦ - ٥٨٠
- فصل : . وإن كان السوارث واحدا
صغيرا ... فالقصاص له ... ٥٧٧
- فصل : وكل موضع وجب تأخير

- الاستيفاء ، فإن القاتل يحبس
 حتى يبلغ الصبي ... ٥٧٧ ، ٥٧٨
- فصل : فإن قتله بعض الأولياء بغير إذن
 الباقيين ، لم يجب عليه
 قصاص ... ٥٧٨ - ٥٨٠
- ١٤٥٥ - مسألة : (ومن عفا من ورثة المقتول عن
 القصاص ، لم يكن إلى القصاص
 سبيل ...) ٥٨٠ = ٩٩١
- فصل : فإن قتله الشريك الذي لم يعف
 عالما بعفو شريكه ، وسقوط
 القصاص به ، فعليه
 القصاص ... ٥٨٣
- فصيلي : فإن كان القاتل هو العافي ، فعليه
 القصاص ... ٥٨٣ ، ٥٨٤
- فصل : وإذا عفا عن القاتل مطلقا ،
 صح ... ٥٨٤
- فصل : وإذا وكل من يستوفى القصاص ،
 صح توكيله . ٥٨٤ - ٥٨٦
- فصل : وإذا جنى على الإنسان فيما دون
 النفس جناية توجب القصاص ،
 ثم مرت الجناية إلى نفسه ،
 فمات ، لم يجب القصاص ... ٥٨٦ ، ٥٨٧

- فصل : فإن كان الجرح لا قصاص فيه ... فعفا عن القصاص فيه ،
فسرى إلى النفس ، فلوليّه
٥٨٨ ، ٥٨٧ ... القصاص
- فصل : فإن قطع يده ، فعفا عنه ، ثم عاد
الجاني فقتله ، فلوليّه
٥٨٩ ، ٥٨٨ ... القصاص
- فصل : وإن قطع أصبعاً ، فعفا المجنى
عليه عن القصاص ، ثم سرت
الجناية إلى الكف ، ثم اندمل
الجرح ، لم يجب القصاص ... ٥٨٩
- فصل : فإن قال : عفوت عن الجناية ، وما
يحدث منها ، صح عفوه ... ٥٩٠ ، ٥٨٩
- فصل : فإن اختلف الجاني والولى أو المجنى
عليه ... فالقول قول المجنى عليه
أو وليه ... ٥٩٠
- ١٤٥٦ - مسألة : (وإذا اشترك الجماعة في القتل ، فأحب
الأولياء أن يقتلوا الجميع ، فلهم
ذلك ...)
٥٩١ - ٥٩٥
- فصل : واختلفت الرواية في موجب
العمد ... ٥٩٣ ، ٥٩٢
- فصل : وإذا جنى عبد على حر جنائياً

- القصاص ، فاشتره المجنى عليه
بأرش الجنائية ، سقط
٥٩٣ ... القصاص
- فصل : إذا وجب القصاص لصغير ، لم
يجز لوليّه العفو إلى غير مال ... ٥٩٣ ، ٥٩٤
- فصل : ويصح عفو المفلس والمجور عليه
لسفيه عن القصاص . ٥٩٤
- فصل : وإذا قُتل من لا وارث له ، فالأمر إلى
السلطان . ٥٩٤
- فصل : وإذا اشترك الجماعة في القتل ،
فعفا عنهم إلى الدية ، فعليهم دية
واحدة ... ٥٩٤ ، ٥٩٥
- ١٤٥٧ - مسألة : (وإذا قُتل مَنْ للأولياء أن يقيدوا به ،
فبذل القاتل أكثر من الدية على أن
يقاد ، فللأولياء قبول ذلك) ٥٩٥ ، ٥٩٦
- ١٤٥٨ - مسألة : (وإذا أمسك رجل وقتله آخر ، قُتل
القاتل ، وخُبس الماسك حتى
يموت) ٥٩٦ ، ٥٩٧
- فصل : وإن اتبع رجلا ليقتله ، فهرب
منه ، فأدركه آخر ، فقطع
رجله ، ثم أدركه الثاني فقتله ،
نظرت ... ٥٩٧

١٤٥٩ - مسألة : (وَمَنْ أَمَرَ عَبْدَهُ أَنْ يَقْتُلَ رَجُلًا ، وَكَانَ

العبد أعجميًا ، لا يعلم أن القتل

محرم ، قتل السيد ...) ٥٩٧ - ٥٩٩

فصل : ولو أمر صبيًا لا يميز ، أو ... لا

يعلم خطر القتل ، فقتل ، فالحكم

كالحكم في العبد ... ٥٩٨

فصل : ولو أمر السلطان رجلا ، فقتل

آخر ، فإن كان القاتل يعلم أنه

لا يستحق قتله ، فالقصاص عليه

دون الأمر ... ٥٩٨ ، ٥٩٩

آخر الجزء الحادى عشر

ويليه الجزء الثانى عشر ، وأوله :

كتاب الديات

وَالْحَمْدُ لِلَّهِ حَقَّ حَمْدِهِ